

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La hipoteca cambiaria

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Julio-Jesús Fernández Vara

DIRECTOR:

José, dir Beltrán de Heredia y Castaño

Madrid, 2015

LA HIPOTECA CAMBIARIA

442

FERNÁNDEZ VARA, J. J.

La hipoteca cambiaria / por
Jesús Fernández Vara / (s. l. : s. n.), 1984
V, 490p.

Dr. José Beltrán de Heredia y Calatayud
Tesis Viena de la Universidad de Granada
Ad. 63.838

I N D I C E

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| INTRODUCCION: PARALELISMO LETRA-HIPOTECA | 1 |
| TITULO I: UTILIDAD DE LA HIPOTECA CAMBIARIA | 29 |
| TITULO II: LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO CLAUSULA HIPOTECARIA EN EL DERECHO INTERMEDIO | 40 |
| TITULO III: LA HIPOTECA CAMBIARIA EN LA DOCTRINA PATRIA | |
| . CAPITULO I: Admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico | 63 |
| . CAPITULO II: Concepto y naturaleza | 84 |
| TITULO IV: DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGIS- TROS Y DEL NOTARIADO | 97 |
| TITULO V: FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JU- RIDICO ESPAÑOL | |
| . CAPITULO I: Análisis Diacrónico | 157 |
| . CAPITULO II: Análisis Sincrónico | 212 |
| TITULO VI: LA ESTRUCTURA DE LA HIPOTECA CAMBIARIA | 225 |
| . Planteamiento | |
| . Capítulo I: Individualización de la obligación garantizada. Examen del art. 1170, párrafos 2 y 3 del C.C. | 233 |
| A) La realización y la hipoteca cambiaria... | 240 |
| a) Hipoteca cambiaria y descuento | |
| b) Pago anticipado | |
| c) Pago parcial | |
| B) Hipoteca en la renovación de la letra ... | 253 |
| C) Hipoteca cambiaria y perjuicio de la letra | 266 |
| D) Hipoteca cambiaria y párrafo tercero del artículo 1.170 | 273 |

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| . Capítulo II: Hipoteca Cambiaria en garantía de varias letras | 289 |
| A) Unidad o pluralidad de hipotecas | |
| B) Cláusulas de vencimiento anticipado | |
| . Capítulo III: Influencia de la obligación garanti- zada | 304 |
| A) Embargo del crédito cambiario y embargo del crédito hipotecario. | |
| B) Adquisición de Hipoteca Cambiaria en vir- tud del pago de la letra. | |
| TITULO VII: LA FUNCION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA | 312 |
| . Capítulo I: La aporía de la legitimación cartu- lar | 313 |
| A) La función de la posesión y del endoso en la transmisión de la Hipoteca Cambiaria. | |
| B) La función de la posesión y del endoso en la determinación del titular. | |
| C) La buena fe en función de integración de la obligación. | |
| D) Perspectiva procedimental | |
| . Recapitulación: La función de la obligación en la Hipoteca Cambiaria | 374 |
| . Capítulo II: Naturaleza jurídica de la Hipoteca Cambiaria | 401 |
| A) Análisis crítico de su configuración como hipoteca de seguridad | 402 |
| B) Accesoriedad: Sus límites | 414 |
| a) Accesoriedad de la hipoteca y origina- riedad del crédito. | |
| b) La posesión en la cesión ordinaria y - la anotación registral en la cesión por endoso. | |

Página

| | |
|---|-----|
| c) Constitución unilateral de la hipoteca. | |
| C) Legitimación registral: Criterio que se pro | |
| fesa | 433 |
| a) La nota en el título | |
| b) Significado de la nominatividad de la ins | |
| cripción | |
| D) La figura del "Grundbuchvertreter" como re-- | |
| presentante para la Hipoteca Cambiaria | 455 |
| CONCLUSIONES | 477 |
| BIBLIOGRAFIA | 484 |

Indice explicativo



INTRODUCCION: PARALELISMO LETRA Y HIPOTECA

1. La protección jurídica dispensada al crédito territorial (inmobiliario) y al crédito cambiario (mobiliario) fue promovida por intereses paralelos, pese a la aparente divergencia de su sentido histórico y político.
2. Letra de cambio e hipoteca han sido dos instituciones en cierto modo "obstruccionistas" en el orden de las vías de irrupción de la eticidad en el Derecho.
3. Desde el prisma jurídico, hay una simetría estructural en el proceso de institucionalización y decantación de la letra de cambio y del derecho real de hipoteca.

-TITULO I : UTILIDAD DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

1. Aposición, no superposición, de garantías
2. Sectores de actuación.
3. Beneficios: a) comprador-deudor; b) vendedor-acredor;
c) prestamistas; d) terceros.

-TITULO II : LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO "CLAUSULA HIPOTECARIA"
EN EL DERECHO INTERMEDIO

- . Capítulo I: a) Textos de Derecho Intermedio relativos a hipotecas cambiarias: cláusulas insertas en la letra; derechos consuetudinarios y locales: "statuta"
- b) Su interpretación: distintas hipótesis cambiarias según su origen.

.Capítulo II: Reflexión lingüística: En el Derecho Intermedio -

la hipoteca cambiaria estará regida por una sinónima con el "pegno" cambiario y por una hyponimia para el crédito garantizado.

-Conclusión

-TITULO III : LA HIPOTECA CAMBIARIA EN LA DOCTRINA PATRIA

. Capítulo I: Admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

. Opiniones emitidas entre 1861 (primera ley Hipotecaria) y 1954 (LHM y PSD)

. Opiniones formuladas entre 1954 y 1973 (fecha de la resolución que, según nuestra doctrina, constituyó un hito en la admisibilidad de la figura)

.Opiniones ulteriores a 1973.

- TITULO IV : DOCTRINA DE LA D G R N

La doctrina de los autores sostiene que la D G R N ha venido oponiéndose secularmente a la hipoteca cambiaria hasta el giro consagrado en la resolución de 26 de Octubre de 1973. En este capítulo nos proponemos contrastar la veracidad de este criterio al filo de aquéllas resoluciones que versaron sobre hipotecas implicadas con letras de cambio.

Recapitulación y conclusión para la hipoteca cambiaria en garantía de negocios mercantiles y bancarios.

-TITULO V : FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

.Capítulo I: ANALISIS DIACRONICO:

1) Ley de 1861: Exposición de Motivos: rechazo expreso de la hipoteca cambiaria, según la unanimidad de la doctrina. Mi punto de vista: La ley de 1861 no se opuso -

expresamente a la hipoteca cambiaria en su Exposición de Motivos, sino a la sustitución de las escrituras públicas por títulos semejantes a las letras de cambio como sistema general de transmisión de todo crédito hipotecario. Demostración. ¿Por qué entonces la "opinio communis doctorum" afirma que la Ley de 1861 condenó explícitamente la hipoteca cambiaria? Es básica la respuesta a esta pregunta, por cuanto no sólo nos revelará los motivos por los cuales la doctrina ha mantenido este criterio negativo (de la ley), sino, sobre todo, por cuanto nos filtrará el deformado concepto que se tuvo y se sigue teniendo en torno a la figura.

2) Ley de 1869: Doctrina: ley introductora de la hipoteca cambiaria; mi criterio: esta ley no admitió explícitamente la hipoteca cambiaria, aunque la propició, al sentar las bases legales para su transmisión por endoso y regular un procedimiento que diera certidumbre a su cancelación. Pero ni la actitud de la Ley de 1861 ni la de 1869 estuvo prede-terminada por la hipoteca cambiaria.

3) Código Civil

4) Ley de 1909 y Reglamento de 1915: importancia del Proyecto de Armada López en la fase preparatoria de la Ley.

5) Legislación vigente: artículos 150 y 154 y ss de LH y concordantes del RH.

6) L H M y P S D : Delimitación del significado y de la trascendencia del artículo 7 de la Ley.

.Capítulo II: ANALISIS SINCRONICO : "RATIO HIPOTECARIA"

No se trata ya de averiguar si el legislador pensó en la hipoteca cambiaria en el momento de redactar el artícul

lado ("ocasio legis") sino si lo que dice en este debe ser aplicado a aquélla ("ratio legis").

-TITULO VI : LA ESTRUCTURA DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

- Planteamiento

- CAPITULO I: INDIVIDUALIZACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

-Examen del art. 1170, párrafo 2 y 3 del Código Civil

A) LA REALIZACION Y LA HIPOTECA CAMBIARIA

- a) Hipoteca Cambiaria y descuento
- b) Pago anticipado
- c) Pago parcial

B) HIPOTECA EN LA RENOVACION DE LA LETRA

C) HIPOTECA CAMBIARIA Y PERJUICIO DE LA LETRA

D) HIPOTECA CAMBIARIA Y PARRAFO TERCERO DEL ART. 1170

-CAPITULO II: HIPOTECA CAMBIARIA EN GARANTIA DE VARIAS LETRAS

A) UNIDAD O PLURALIDAD DE HIPOTECAS

B) CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

-CAPITULO III: INFLUENCIA DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

A) EMBARGO DEL CREDITO CAMBIARIO Y EMBARGO DEL CREDITO HIPOTECARIO

B) ADQUISICION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA EN VIRTUD DEL PAGO DE LA LETRA.

-TITULO VII : LA FUNCION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

-CAPITULO I: LA APORIA DE LA LEGITIMACION CARTULAR

A) LA FUNCION DE LA POSESION Y DEL ENDOSO EN LA TRANSMISION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

B) LA FUNCION DE LA POSESION Y DEL ENDOSO EN LA DETERMINACION DEL TITULAR

C) LA BUENA FE EN FUNCION DE INTEGRACION DE LA OBLIGACION

D) PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL

RECAPITULACION: FUNCION DE LA OBLIGACION EN LA HIPOTECA
CAMBIARIA

- CAPITULO II: NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

A) ANALISIS CRITICO DE SU CONFIGURACION COMO HIPOTECA DE SEGURIDAD

B) ACCESORIEDAD: Sus limites

C) LEGITIMACION REGISTRAL:

-criterio que se profesa

D) LA FIGURA DE GRUNDBUCHVERTRETER COMO REPRESENTANTE
PARA LA HIPOTECA CAMBIARIA

I N T R O D U C C I O N :

Palalelismo Letra de Cambio - Hipoteca

La aparición del endoso a comienzos del siglo XVI (1) consagró el aspecto solutorio de las cambiales. Hasta entonces se había pagado con dinero "por medio" de letras de cambio; a partir de entonces habría de pagarse "con" las letras de cambio. Las razones de fondo de este cambio de orientación han de rastrearse en la variación sufrida en las directrices políticas y económicas tras el descubrimiento del Nuevo Mundo y en la paradójica escasez de moneda metálica, pese a la afluencia de metales preciosos a través de España. Resulta abrumadora la desproporción entre el desarrollo del comercio al por mayor y la extensión de los créditos a largo plazo con la disponibilidad de los medios de pago.(2)

Esta situación persiste en nuestros días (3), aunque la desproporción descrita sea de un talante distinto y diferentes sean también las razones que la motivan. Si es cierta la idea carnelutiana de la circulación de los bienes y riqueza en general como condición ineliminable para la división del trabajo y para la propia distribución de aquéllos según las necesidades, no es menos cierto que el auge alcanzado por la letra de cambio se inscribe en una línea de desmedido apetito por paliar las deficiencias de la propia estructuración económica del sistema que hizo de ella una falsa panacea, un segundo dinero. Esta

monetarización de la letra no está sólo en el lenguaje poético de Einert, o en las glosas de Accursio, o en el epígrama de Locrè ("este papel moneda que circula bajo el sello del hombre y de su solvencia"), sino que vive en las billonarias cantidades que se materializan en letras de cambio impagadas (4).

La crisis que atraviesa la letra de cambio no obedece a razones intrínsecas del documento cambiario, sino a la zozobra a que viene sometida en la báscula de dos ejes de tensión vectorialmente opuestos: un regimen jurídico anclado en una configuración de la letra al servicio del contrato de cambio y un sistema económico que la manobra para cubrir funciones ajenas al contrato de cambio y resolver así un conglomerado de problemas económicos que requiere otro tipo de soluciones (5).

En no poca monta influye en la crisis de la cambial un fenómeno que nos permitimos denominar "descomercialización" de la letra de cambio, en el sentido de dejar de ser un puro medio de solventar las relaciones de los comerciantes entre sí para constituirse en elemento natural de liquidación de deudas ordinarias. Este hecho, un índice más de la cualitativa expansión mercantilista en la órbita doméstica del individuo, puede tener algún significado en cuanto al incesante decaimiento del pago de las letras de

cambio. Y no sólo por la matemática razón de la directa relación entre la proliferación de las letras y la de sus impagos, sino, quizá, debido también a que, cuando su cuantía era menor por estar circunscritas al ámbito profesional de los comerciantes, había un código deontológico que competía a su pago. No siguió el hombre moderno el consejo del Romano, que sabiamente interpreta Ihering (6) "No puedo, sin embargo, dejar de emitir una conjetura sobre el motivo económico y el destino práctico de esa especie particular de obligación. La misma necesidad (7) que en la Edad Media da nacimiento a la letra de cambio (se procura el pago del dinero del extranjero en moneda del país) debió también hacerse sentir en los tiempos del comercio universal de Roma. Las relaciones que los publicanos, esos banqueros del mundo romano, sostenían con todas las plazas del universo ofrecen para alcanzar ese fin, un medio quizá mucho más cómodo y más seguro que el intermediario de los cambiantes de la Edad Media. Así fue, por ejemplo, como Atticus negoció para Cicerón el pago de una suma de dinero que aquél destinaba a su hijo que estudiaba en Atenas (8)(...) Sin rechazar otras formas posibles como la "chirografa" y "Syngrafa" de los peregrinos, podemos tener por muy verosímil que esas son las necesidades... que han dado nacimiento a la "actio recepticia" y la han trazado su destino. Podemos ex-

plicarnos así que Justiniano haya limitado la capacidad de obligarse por medio del cambio a los que por su profesión y sus relaciones eran los intermediarios naturales del comercio, a los cambiantes del dinero ("argenti distractores") y a los comerciantes ("alii negotiatores"); se explica muy bien además que se haya podido mantener en una relación por la cual la observación estricta de los principios de la obligación abstracta era una cuestión de vida, un rigor del que el Derecho romano se había servido para todas las otras relaciones ordinarias. El carácter solemne de la acción ("solemnis verbis composita") acentúa todavía más su analogía con el cambio moderno. Lo dispuesto por Justiniano se traduciría en nuestros días en estos términos: la capacidad de obligarse por medio del cambio se limita a los cambistas y a los comerciantes; la forma de la letra de cambio no servirá para reconocer las deudas ordinarias de la vida". La agorera amonestación justiniana se ha cumplido: la incorporación sistemática y generalizada de toda clase de deudas a letras de cambio, con el artificio psicológico de su fraccionamiento, lejos de arreglar el problema, lo ha hecho más acuciante.

La generalización de letras de cambio en las ventas a crédito de bienes de consumo se conecta directamente con la razón verdadera del ingente cúmulo de letras impagadas y no la -

denominada pérdida de moralidad de los deudores. Este no es más que un efecto reflejo de aquélla.

Así como el desarrollo comercial vivido en el siglo XIV determinó la nueva orientación jurídica de la letra de cambio, la misma afluencia de capitales y cíclica masa monetaria disponible hizo inaplazable la superación del sistema romano de clandestinidad de las hipotecas y desveló la necesidad de un régimen de publicidad para éstas en línea con la nueva ascensión del tráfico jurídico. Esta tendencia plasmó en las Reales pragmáticas de 1528 y 1539 y en la de Carlos III de 31 de Enero de 1768, que creó los "oficios o contadurías de hipotecas". Ahora bien, si el endoso iba a ser una pieza clave en el juego de las nuevas directrices de la letra de cambio, la publicidad de las hipotecas quedó, de hecho, truncada por la angostura de su campo aplicativo. Sólo a las hipotecas convencionales se dirigieron aquellos tímidos intentos de publicidad, y éstas no debieron tener gran predicamento en esos tiempos, en los que como -decía Roca (9)- por su rudeza, predominaban las garantías materiales y tangibles, a más de subsistir la clandestinidad en cuanto al perturbador mosaico de hipotecas legales, tácitas y generales, y de privilegios hipotecarios.

Cuando en el siglo XIX la economía liberal y burgues

sa, en correspondencia con el racionalismo filosófico y el individualismo político, formaban el consejo de regencia de media Europa, el dinero pierde su carácter de medio para erigirse en un valor sustantivo, quedando así desbordado el ámbito propio de la economía natural. Surge, titánico, el capitalismo económico sobre las inquietas alas de la racionalidad de los medios y la individualidad de los fines. Producto de este modo de pensar lo es, ante todo, el Derecho Cambiario, y, después, todo el régimen jurídico que cristaliza en la ley Hipotecaria (10).

Trasnochada ya la situación de una propiedad amortizada(11) anclada en el inmovilismo, la necesidad de facilitar la comercialización de las propiedades mediante su entrada en los nuevos mercados de capitales e inmobiliario despertó en el espíritu de los legisladores la fiebre por la movilización de la propiedad inmueble. ¿Cómo lograr que una finca -bien inmueble por naturaleza- se contornee en el tráfico jurídico con la misma ágil gracia que las cosas muebles? Esta es cabalmente la cuestión que plantea y resuelve el Derecho Hipotecario: "Porque la finca -escribe el Prof. Cossio (12)- ya no interesa en cuanto pueda ser base o sustento de una familia, sino simplemente en cuanto sea capaz de responder de una deuda para conseguir movilizar un capital susceptible de inversión en empresas mercantiles e industriales".

No monta ya tanto la propiedad de la tierra cuanto la titularidad de los bienes de capital como expresión de la turgencia dineraria. Por virtud de este fenómeno se multiplicaron las deficiencias del basamento agrícola, aumentó la situación de endeudamiento público y se perfilaron los primeros balbuceos industriales, bursátiles y bancarios.

Así las cosas, se trataba de introducir un correctivo jurídico que devolviera a la agricultura el capital que le había sido arrebatado por otros sectores de la economía. El instrumento "ad hoc" iba a ser la hipoteca y la rampa de apoyo el Registro. La integración del tipo hipotecario se iría produciendo a través de un notable cambio de perspectiva en la técnica legiferante que ha sido descrito por Ballarín Hernández (13) de esta guisa: "primero, se acomete -siguiendo las huellas de las conductas convencionales- la creación de un derecho de crédito proyectado hacia la producción de efectos reales, para el cual el Registro representa un medio de prueba de las manifestaciones consensuales que, a partir del protocolo notarial, le llegan. Finalmente, se estructura un derecho real con metabolismo de crédito, cuya identidad y energía descansan en el orden documental nuevo que el Registro representa. Identidad que se nutre del contenido de la pretensión a que da nacimiento la

obligación garantizada, cuya satisfacción ampara la hipoteca con la energía que su naturaleza de derecho real desarrolla.

La inversión de perspectivas antes señalada se produce con las Bases de 1843 y se consagra con la Ley Hipotecaria de 1861.

El proyecto de C.C. de 1836 no acierta a destacar una función social típica de la hipoteca porque no le confiere a ésta identidad propia, ni acuña la estructura necesaria para conectar causalmente con ella aquella pretendida función. En cambio intenta, desde los límites del derecho de credito, robustecer con la imposición que deriva de la norma, la energía del consentimiento para con ello instalar en el plano de la realidad los efectos que según una hipótesis de cumplimiento, derivarían del derecho de credito asegurado.

El derecho real típico de hipoteca, intuitivo en el Proyecto de C.C. de 1836, se concibe en las Bases 50, 51 y 52 de 1843, enfilándolo desde el plano de los resultados, como una determinada energía procesal dimanante de una estructura que asume identidad específica a partir del Registro Público.

La hipoteca como derecho real típico de garantía

se alumbra en la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, sobre los fundamentos adoptados por Luzuriaga en 1843".

Pese a todos esos esfuerzos por poner la hipoteca al servicio fundamentalmente de la economía agraria, el sistema de captación de recursos en favor de ésta fracasó. No parece, sin embargo, que la razón de este desajuste haya de buscarse en la hipoteca como expediente técnico de política crediticia, sino que debe localizarse en las entrañas mismas del ideal social que no casaba con el capitalismo económico. A la concepción hipotecaria de la propiedad como un valor venal de mercado se oponía la concepción agraria, de mayor arraigo popular como soporte fáctico de la familia. Aquella tenía sus raíces en el Registro; ésta, en la posesión. Aquélla en la máxima de Guizot: ¡enriquecéos!, en las aspiraciones de los financieros, de las clases burguesas que, enriquecidas con el comercio y la industria, estaban ávidas de colocar sus inversiones en capitales con garantía hipotecaria (14). Esta, en el trabajo como bien de legitimación(15)

El paralelismo apuntado entre letra de cambio e hipoteca puede observarse a través de distintos puntos de conexión:

a) La protección jurídica dispensada al crédito territorial (inmobiliario) y al crédito cambiario (mobiliario) fue promovida por intereses paralelos, pese a la aparente divergencia del medio (Registro, Título-valor) habilitado a tal fin.

La inscripción de la hipoteca y la documentación cambiaria son instrumentos de publicidad preconstitutivos de una apariencia al servicio de las necesidades del tráfico. La artificialidad del medio es debida a la simplificación del supuesto de hecho al servicio de los intereses de comerciantes y prestamistas. (16)

b) Letra de cambio e hipoteca han sido dos instituciones en cierto modo "obstruccionistas" en el orden de las vías de irrupción de la eticidad en el Derecho.

La letra de cambio ~~resultó~~ resultó un ingenioso medio de eludir las férreas prohibiciones de la doctrina canónica sobre la usura y los pronunciamientos contenidos en principios y leyes civiles sobre el préstamo con interés. Literalidad y abstracción serían el artilugio requerido para hacer desvanecer la realidad del negocio que ocultaba. Añádase a ésto que la letra de cambio gozaba, a más del beneficio de unos ritos procesales abreviados, de la persuasiva razón damocliana

del arresto personal.

Atravesado que hubo el préstamo con interés los umbrales de la legalidad vigente, el uso de la letra de cambio como rodeo astuto y tortuoso ("Schleichweg") para esquivar el veto jurídico trazado, perdió su justificación originaria. Junto a ese oblicuo procedimiento, fruto de las conveniencias de la práctica y de la picaresca curial, el préstamo iba a contar con una figura jurídica artesanada a su medida: la hipoteca.

De la hipoteca, y desde su contraposición al proceso de despersonalización del "iuris vinculum" (17) afirma Ballarin: "Paralelamente, una línea evolutiva compensatoria se ha manifestado en la búsqueda de dispositivos técnicos que restituyan al acreedor, en méritos de la satisfacción de su crédito, la iniciativa que, según parece le cupo bajo el régimen de las XII Tablas (...). Las estructuras ideadas para garantizar el cumplimiento del programa de conducta nacido de una obligación se manifiestan inicialmente en la historia del Derecho por vía de comportamientos convencionales que en relación con la inspiración política de la evolución legislativa- tienen significación reaccionaria". Sin embargo no cabe hablar de una significación reaccionaria en cuanto compensatoria

en un sentido propio, pues no hay corresponsabilidad entre los polos pretendidamente compensables (hipoteca-prisión por deuda) ya que son de naturaleza heteroclita.

La constrictión que con la hipoteca pretenden esos comportamientos convencionales es estrictamente patrimonial, en tanto que la inspiración política del proceso legislativo dió lugar al levantamiento de constricciones de índole personal. El recurso a aquella significó una respuesta pragmática reparadora y niveladora del desequilibrio prestacional desencadenado por la pérdida de garantías representadas por la prisión por deudas, y todo ello en aras de los acreedores. Mientras que la "ratio" de la patrimonialización del "iuris vinculum" se ubica en la dignidad de la persona misma. Si en algún sentido cabría calificar a la hipoteca de reaccionaria sería, en todo caso, en el de discriminatoria, ya que sólo permitirá liberarse de la prisión por deudas al propietario, esto es, a quien tiene bienes que hipotecar, frente al no propietario, o al que carece de parientes o amigos propietarios, (hipoteca por deuda ajena) que habrían de sufrir las secuelas del incumplimiento de unas deudas en su libertad personal, no en su patrimonio. Esto representaría un "black hole" en el Derecho, donde tras una falsa cortina de progresivi-

dad se detectaría un radical salto hacia atrás que nos situaría antes del año 326 a. de C., esto es, antes de la "Ley Poetelia Papiria de nexis". En efecto, con anterioridad a ésta existía la esclavitud privada por deudas, pero a ella estaban sujetos legalmente plebeyos y patricios, si el Derecho Romano primitivo atentó a la libertad personal del hombre, el derecho moderno habrá tornado inhacedero, al vaciarlo de sustancia, otro principio de rango no menos fundamental: el de igualdad. Afortunadamente la hipoteca no es -como veremos- un mero subrogado de la prisión por deudas.

c) Desde el prisma jurídico, hay una simetría estructural en el proceso histórico de institucionalización y decantación de la letra de cambio y del derecho real de hipoteca.

Sobre los cimientos de la literalidad se forjó, hierática, la subordinación del derecho de crédito cambiario al derecho real sobre la letra como papel. La titularidad del crédito cambiario no confiere la propiedad sobre la letra; antes bien, la propiedad sobre la letra lleva ínsita la titularidad de aquel derecho. La letra de cambio, más que como transporte de un derecho de crédito, fue vista como el objeto mismo de la relación jurídica. La atención se centró

preferentemente en sus aspectos reales. La relación jurídica que "de" ella brota es pospuesta a la relación jurídica que "sobre" ella se cierne. Al tiempo que se materializa ésta, se desmaterializa aquella tal y como era. Esta intervención jurídica en la dualidad de toda letra de cambio se opera mediante un proceso de despegue de la letra respecto a la exterior relación jurídica (que documenta) impulsada por una huída hacia adelante de las formas. La letra de cambio se rebela frente al amo que le dio la vida (Obligación fundamental) para arrogarse ella misma la paternidad de sus sustancia vital.

Del mismo modo la hipoteca advendrá autónoma a través de la emancipación del contenido real del crédito del que forma parte. Pero este alumbramiento no es mutilador de la relación jurídica garantizada. Como en la letra, hay una extroversión "in re" de la obligación. La simplificación de ésta es correlativa de la autonomía de su ser apariscente (inscripción, documentación). La "realidad" no es, en la hipoteca, un significado, como tampoco lo es el derecho real sobre el papel cartular. Ambos son "significantes". La raíz de su "significación" se nutre de su propia "significancia", como ser apariscente que las dota de autonomía.

Por lo mismo ambos cuerpos jurídicos -letra de cambio e hipoteca- no se repelen, ni se repulsan las bases materiales de su operatividad -y cosa hipotecada. Apoyarse en el pretendido inmovilismo del crédito hipotecario para defender la irreductibilidad de estas dos figuras, es rendir las armas del pensamiento al conceptualismo jurídico y a la pereza legislativa, antes de librar batalla alguna. La legitimación cambiaria que se atribuye a la posesión del documento no debe ser entendida como un punto de partida. El hecho de que a la letra de cambio se de el tratamiento jurídico de cosa mueble se inserta dentro de la "antwortfunktion" del ordenamiento jurídico a su misión económica, a saber, su circulación en el tráfico, y no al revés. El inmovilismo o la movilidad no pueden supeditarse a las constantes físicas (papel, finca hipotecada) de los derechos, sino a la función que estos cumplen en el tráfico jurídico. Esta conclusión se obtiene, para la hipoteca, tras una interpretación conjunta de los artículos 334 nº 10 y 336 "in fine" del Código Civil. Si el primero de estos preceptos estatuye que "son bienes inmuebles... y demás derechos reales sobre bienes inmuebles", el segundo establece que "tienen la consideración de cosas muebles... y títulos representativos de préstamo hipo-

tecarios". En estos preceptos aparecen dos datos fundamentales, basados en dos contraposiciones que coadyuvarán a fundamentar y esclarecer el tema que venimos tratando. Por una parte el Código Civil, con la fórmula empleada en la redacción del artículo 336 no se desentiende del elemento de consistencia física de la hipoteca, sino que lo asume. No sólo no se hace el escurridizo para no ver la vinculación de un bien inmueble sino que cuenta con ella, aunque no parte de ella. El C.C. tiene conciencia de la sujeción real de la finca a la obligación, pero la desprecia con relación a su propósito en ese artículo. En otras palabras, el legislador desestima la importancia de la cosa hipotecada a los efectos de calificar como cosa mueble los títulos representativos de préstamos hipotecarios. Por el contrario, respecto a las rentas o pensiones afectas a una persona o familia su calificativo como cosas muebles queda condicionado: "siempre que no graven con carga real una cosa inmueble". Por otra parte, el legislador se ha servido en el artículo 336 de una "fictio iuris" como expediente técnico no para sancionar normativamente la virtualidad transubstanciadora de la incorporación de los préstamos hipotecarios a títulos sino para adecuar jurídicamente la naturaleza de los créditos hipotecarios como bienes inmuebles -por su condición de derechos reales sobre

inmuebles ex 334,10- a la función que cumplen como valores jurídicos en el tráfico económico cuando de incorporan a estos títulos.

La máxima defenestración del inmovilismo del crédito territorial es la amplitud e importancia de las modernas movilizaciones de activos hipotecarios (19). Aunque, como argumento -mínimo- que esgrimir frente - a las hipoteses inmovilistas basta con el de la cedi-bilidad de los créditos hipotecarios reconocida ya en el artículo 153 de la Ley de 1861.

Crédito y circulación del crédito se presentan, pues, como fines institucionales de la hipoteca y letra de cambio. - Cualquiera de sus cometidos es, en algún grado, dicente al crédito o a su circulación. La pretendida distinta naturaleza - del crédito a que una y otra se refieren no es tal, pues, territorial o cambiario, no deja de ser crédito, y éste sólo es de una misma naturaleza. Letra de cambio e hipoteca son dos fuerzas intercomplementarias a fuer de ser-ambas afirmativas del crédito, aunque se muestren, la una como - soporte del crédito que alberga, la otra, como soporte de una sol-vencia en función del crédito que garantiza. La letra - de cambio suple una falta de liquidez actual; la hipote-ca crea una solvencia actual que asegure una liquidez futura. - La constitución de hipoteca en garantía de letra de cambio no di-fumina la literalidad cambiaria como guardian de los contor -

nos de crédito en ella encarcelado. Sólo asume un cometido garante del crédito cambiario en su dintorno. La hipoteca viene a ser como el caballete del crédito; la letra, su marco. No son sólo unos puntos de referencia gráficos, ya que tienen naturaleza jurídica. Letra e hipoteca son determinativas del crédito en cuanto y en la medida de sus predicados como cambiario o hipotecario. No hay, sin embargo, un correlativo mutuo condicionamiento en lo concerniente a la validez "hipotecaria" del crédito cambiario.

Esa delimitación de aristas tiene, pues, una trascendencia cualitativa. En cuanto el crédito sea encuadrado en la letra o inscrito en la hipoteca, hay que esperar a una segunda edición (renovación cambiaria-ampliación o reducción hipotecaria) para cualquier rectificación. El crédito pervive con su contenido y extensión originarios en cuanto mero crédito, pero para acogerse a ese "plus" de atributos que le apostillan letra e hipoteca ha de partir de estas como significantes, del molde que de sí mismo quede labrado en estas. El crédito sacrifica su carta de identidad personal en aras de la mayor comunicabilidad y consistencia social del pasaporte cambiario-hipotecario. Esto se logra acudiendo a dos elipsis: con el mecanismo cambiario, mediante la objetivación del mismo crédito, y en el mecanismo hipotecario, a través de la objetivación de la responsabilidad. En las dos hay

una anteposición ontológica a un crédito que cronológica y jurídicamente les precede. Letra de cambio e hipoteca, aunque se debaten en coordenadas distintas, comparecen a un acto de conciliación en la hipoteca cambiaria y revelan que la dirección de un movimiento no prejuzga su objetivo final. Demostrar que la duplicidad de legitimaciones (hipotecaria, cambiaria) no constituye un - obstáculo para la elaboración de una hipoteca cambiaria plenamente respetuosa con los principios hipotecarios y cambiarios es el objetivo fundamental del presente estudio.

NOTAS

- (1) Lapeyre ("Los orígenes del endoso de letras de cambio en España", Moneda y Crédito, LII, 1955, pp. 3 y ss.) ha demostrado la existencia de endosos documentarios ya en los umbrales del S.XV aunque su relevancia y generalización respecto de letras de cambio no se consumó hasta el siglo siguiente.
- (2) Rubio: Derecho Cambiario, Madrid, 1973, p.347.
- (3) "Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza" 1980, p.392: "Puede decirse que el problema de la circulación se plantea hoy en relación a las necesidades... La desproporción entre la disponibilidad de medios y volumen de las necesidades es lo que crea el problema tanto en su aspecto económico como en el jurídico". Pero la sociedad de consumo genera necesidades innecesarias.
- (4) La idea anglosajona del "dishonour" en los "Exchange Instruments" ha sido felizmente descrita por Díez Picazo ("Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado", Madrid, 1979, pp. 72 y ss.) para nuestra patria en estos términos: "Cuentan las crónicas que hubo un tiempo idílico en que el protesto de una letra de cambio era un fenómeno tan anormal como los partos cuá-

druples. El protesto de una letra de cambio era, además, una auténtica tragedia familiar. Cubría de deshonor al comerciante al que la letra se le protestaba y extendíase la nota de infamia a la familia. Las hijas no salían de paseo ni concurrían a las reuniones sociales. Y si lo hacían, era avergonzada y cobardemente. Desde hace ya años las cosas cambiaron tanto que el protesto no sólo no es infamia ni deshonor, sino que puede ser timbre de gloria. El número de protestos que a uno le pueden haber hecho es indicativo del volumen de sus operaciones". Y más adelante añade: "La ley es un instrumento que ha perdido toda su seriedad y gran parte de su fuerza... Es comprensible que tres, cinco o diez millones de letras de cambio no pueden protestarse con el mismo mimo, cuidado, rigor con que se protestaban las esporádicas letras de cambio que en los tiempos heroicos no eran atendidas a un vencimiento por el aceptante. La masividad produjo primero una práctica "contra Legen". Al cabo de algunos años significó una modificación de la ley. Para protestar la letra hoy basta remitir, por conducto de un auxiliar o de un oficial, una simple nota al destinatario del acto. Y si éste desea hacer alguna modificación le queda abierta la posibili-

dad de concurrir a la oficina del notario y antes de la hora que al efecto se señale. Sino, la diligencia se cierra sin más" Y continúa: "la masividad explica una liberación de trámites y de formalidades. De nuevo, ha sido automatizada la utilización de los instrumentos jurídicos. Pero ello sólo se ha hecho a costa de una pérdida de efectividad y garantía y de una dosis de inseguridad jurídica, aunque la verdad es que en la práctica no se ha originado ninguna catástrofe, que se sepa. La enorme masificación de las letras de cambio ha hecho necesaria una reforma de su formato, con el fin de llevar a cabo lo que hoy se llama una "normalización", que permita el tratamiento y la manipulación en masa con ordenadores y con aparatos semejantes. Más ello no se ha hecho sin modificar sensiblemente el tratamiento sustantivo de la letra como título o valor". La reforma fué urgida a consecuencia de las exigencias materiales del movimiento bancario en orden a someter a un tratamiento mecanizado el ingente cumulo de letras de cambio".

- (5) Respecto a las causas y posibles vías de solución de la crisis de la letra de cambio, pueden verse las "Bases para la redacción de una nueva ley cambiaria y del cheque" redactadas por los Profe-

sores Garrigues, Sánchez Calero y Aragoneses Alonso en junio de 1980. Item "Evolución y Perspectivas del régimen de los títulos-valores (letra de cambio, cheque y otros títulos)" de Sánchez Calero en "Reforma de la legislación Mercantil", Civitas 1979. Asimismo, "El futuro de la letra de cambio" por A. Polo Diez y E. Polo Sánchez en Rev. Jur. de Cataluña, 1980.

(6) "El espíritu del Derecho Romano", Libro II, p. 237 y ss.

(7) Obsérvese que Ihering habla de "la misma necesidad" no de un mismo instrumento técnico (letra de cambio) que tuviere origen romano, por lo que no son planteables las descalificaciones despectivas que a las investigaciones que sitúan el origen de la letra de cambio en el tráfico antiguo chino, árabe, babilónico, asirio, griego o romano, formula Goldschmidt ("cuentos de viejas") o Endemann ("caprichosas fábulas que pretenden el invento de la letra por determinada persona o en determinada ciudad o momento") y que son recogidas por Rubio (op. cit. p. 323).

(8) Cicero ad ATT. XV,15,4 "Cures, UT PERMUTETUR Athenas, quod sit in annum sumptum ei. Scililet Eros numerabit".

- (9) Derecho Hipotecario, T.IV, p.128.
- (10) La idea de la contraposición entre el método físico-matemático y el método biológico-evolutivo (en literatura es el realismo primero y el naturalismo después; en Derecho, se piensa en la fórmula sociológica) que ve en el Derecho el producto orgánico del espíritu popular, es agudamente precisada por Cossio (AAMN Tomo XIV, p.40 y ss.) en estos términos: "En el fondo, ya en 1861 ha cesado la idea de la omnipotencia de la ley... Se busca una fórmula de equilibrio y de momento consiste en distinguir dentro del sistema civil un grupo de instituciones susceptibles de reglamentación abstracta "more geometrico" y otra más vinculada a los elementos tradicionales, y antes de llegar a la formación de un Código general, se prefiere acudir a la formación de leyes generales relativas a las materias del primer grupo, entre las que ocupa un primer lugar la Ley Hipotecaria". "La Ley Hipotecaria, construída por un procedimiento racional, es la cosa más parecida a las matemáticas que se ofrece en el campo del Derecho. Se establecen unos principios fundamentales que son al sistema hipotecario lo que los postulados de EUCLIDES al sistema geométrico, y basta un simple esfuerzo deductivo para encontrar la solu-

ción concreta a cada caso. Nos encontramos, por tanto, ante un sistema de principios, aparentemente neutros, de carácter formal, algo así como una teoría pura del Derecho al modo Kelseriano".

- (11) Díez Picazo ("Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas" en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, p. 8, nota 14): "Se ha podido especular con la relación histórica existente entre la Ley Hipotecaria de 1861 y las leyes desamortizadoras (1855-1856) que colocaron bajo propiedad territorial del país. No se puede, probablemente negar, pero sí por lo menos poner en duda que, incluso después de la desamortización, se creara un mercado inmobiliario de envergadura suficiente. Por otra parte no debe olvidarse que en nuestro Derecho las mutaciones dominicales de la pequeña propiedad han continuado haciéndose -y aún en breve medida continúan haciéndose todavía- por documentos privados y que para los adquirentes ha sido un buen sistema de protección la "traditio", aunque no les salvaguarda de los gravámenes ocultos. Sin embargo, la obra de Ballarín Hernández: "La Hipoteca. Génesis de su estructura y función", 1980, revela suficientemente la vinculación de la Ley Hipotecaria de 1861 con los resultados del proceso

desamortizador.

(12) Op. cit. p. 45.

(13) Op. cit. p. 468. En la misma línea explicativa de tipificación de los derechos reales a través de su formación histórico-económica y su contraste con los conceptos científicos y legislativos, puede verse la obra de A. Belfiore: "Interpretazione e dottrina nella Teoria dei diritti reali", Ginfre, Milano, 1979, donde se destaca el componente nacionalista en función del tránsito de la economía feudal a la economía de mercado.

(14) Díez Picazo (op. cit. p.7): "... aunque en frecuentes ocasiones se cantaron las alabanzas de las nuevas leyes, poniendo de relieve los idílicos beneficios que determinarían en los sectores económicos deprimidos llamados a recibir las ventajas de la financiación -agricultura...- no parece que el interés real haya sido éste, sino el de proporcionar unos cauces dotados de la mayor seguridad jurídica posible a los inversionistas y a los proveedores de los medios de capital, deseosos de colocarlos en buenas condiciones".

(15) Hernández Gil (Antonio): "La posesión" Madrid, 1980, p. 657: "En la deliberación ante el Senado

del texto del Código Civil... el señor Bosch..... con no demasiado acierto apreció en ello (reducir la posesión natural a la simple tenencia) una - punña con Savigny. Y justificó la ideología - inspiradora con estas palabras: "Apoyáis la posesión en la intención de poseer y no en la intención de trabajar". Cossio (loc. cit. p.47): "Así como para el Derecho Hipotecario lo decisivo es - la forma como elemento de legitimación, para el Derecho agrario, no es la forma, sino el trabajo lo que legitima".

- (16) Vide F. de Castro: "El negocio jurídico". Madrid 1971, pp. 293 y ss.
- (17) Art. 2030 del Proyecto de 1836: "No tendrá lugar la prisión por deudas cuando el crédito haya sido asegurado con hipoteca".
- (18) Si bien la mayoría de los "nexi" serían plebeyos. Por ello, Díez Picazo ("Fundamentos del Derecho - Civil patrimonial", Vol. 1, p 234) se refiere a esta ley como "una consecuencia de la lucha de - clases entre patricios y plebeyos".
- (19) Para ésto, véase Hernández Crespo: "La afección - registral como cobertura de la movilización de activos hipotecarios", Ponencias y Comunicaciones - al IV Congreso Internacional de Derecho Registral 1981, p 705 y ss.

T I T U L O I

UTILIDAD DE LA

HIPOTECA CAMBIARIA

La difícil realización en vía judicial de los créditos (1) unido al sinnúmero de deudas plasmadas en documentos cambiarios, hace que el impago de aquellas favorezca la falsa imagen del fracaso de éstos. No son, empero, las letras de cambio impagadas en cuanto letras de cambio sino en cuanto qué incorporan deudas y, por consiguiente, es normal que sean víctimas del mismo mal que aqueja a éstas. La razón aproximativa de la hipoteca a las letras de cambio es la misma - que inspira la constitución de hipoteca en garantía - de cualquier otra clase de obligaciones. La significación real que la hipoteca otorga al crédito cambiario es toda y sólo la que confiere a cualquier otra obligación garantizada con hipoteca, y no la que le otorga la doctrina como hipoteca de seguridad en superpo-

(1) Díez Picazo ("Teoría del Derecho y Experiencias jurídicas" p. 93): "Aunque parece una "boutade" se puede decir que paga sus deudas quien quiere pagarlas. Los mecanismos que el Derecho ofrece al acreedor para el cobro de su crédito son bastantes menguados. El acreedor tiene que iniciar un procedimiento judicial, lo que le obligará a estudiar si le compensa o no el coste que la promoción de este procedimiento supone... Porque, ciertamente, la realización en vía judicial - de su crédito, constituye un albur. Hay que conseguir embargar bienes del deudor, y, por ello, saber previamente si los tiene o no los tiene... Rigurosamente - las normas jurídicas se limitan a considerar justa la pretensión del acreedor-el deudor debe pagar y el acreedor tiene derecho a cobrar-y a ofrecerle un cauce más o menos practicable, pero desenvolver la realidad es ya otro cantar".

sición de garantía (2). Toda, porque como intentaré -, demostrar, despliega en la vida jurídica una eficacia tan intensa como la de cualquier otra hipoteca. Sólo, ya que lo que en realidad hay es una aposición de una garantía (real) a un documento que, por sí solo, no - la ofrece.

A medida que los efectos cambiarios se multipli--quen, que las posibilidades de crédito sean menores y que la movilidad del dinero sea imperiosa, se reproducirán los casos de letras garantizadas con hipoteca - (3). Se ha señalado también (4) como en los créditos de cierta cuantía económica, al faltar garantías de tipo real, se produce una desconfianza en las entidades bancarias que da lugar a muchos inconvenientes. Con el sistema de garantía personal, basado en apreciaciones de tipo subjetivo, se impide que los empresarios logren lo que verdaderamente necesitan, ya que el banco piensa, y no sin razón, que no es el único que

(2) Art. 1 de OM de 15-X-1942: "Cuando concedido un crédito con garantía real o personal el cambio de circunstancias en relación con la solvencia del deudor determine al Establecimiento acreedor a afianzar en derecho mediante superposición de una garantía hipotecaria..." Id. Art. 16 de los Estatutos del Banco de España y la OM de 14 de octubre de 1969 que califica en su artículo 2 a los descuentos con garantía hipotecaria como "superposición" de garantía hipotecaria. La resolución de 18 de octubre de 1979 en su considerando tercero dice: "Considerando que el hecho de que a una garantía de tipo cambiario se le superponga otra de naturaleza real..."

(3) Chico y Ortiz: ADC, marzo de 1976.

(4) Pio Cabanillas : "Semanas de Derecho Financiero" 1976

presta. Nunca saben con certeza lo que se debe a otros acreedores y se quedan cortos en sus concesiones. Con una regulación cómoda y barata de la hipoteca cambiaria se contribuirá en gran medida a los beneficios de quienes intervienen en este tipo de operaciones: - de los bancos, por las garantías; de los empresarios, porque recibirían más cantidad de dinero prestado; - y del comercio en general, ya que los que tuvieran economía saneada recibirían los créditos necesarios para la ampliación de sus negocios o la creación de otros nuevos.

La expuesta se nos antoja como una visión excesivamente ceñida a los préstamos hipotecarios. Creemos - que la hipoteca cambiaria puede llegar a desempeñar una importante función en otros sectores de la economía. La flexibilidad funcional de la hipoteca cambiaria nos permite perfilarla como una firme candidata para cubrir un abanico de derroteros donde se pasea, expectante, una procesión de intereses de índole heterogénea e, incluso, de apariencia antípoda.

Piénsese en la incalculable acumulación de capital inactivo en manos de empresarios, multimillonarios en letras de cambio, pero escasos en numerario. Esta penosa situación no se produciría si sus efectos estuviesen debidamente garantizados con hipoteca. Mediante su negociación anticipada (descontándolas), se convertiría en un motor de liquidez.

El mismo procedimiento para paliar la esclerosis - de disponibilidades monetarias por los empresarios, - podrá ser utilizado por los niveles de población de - renta más baja para acceder a sus primeras viviendas u otras más decorosas. De la utilización de la hipoteca cambiaria en las compraventas con precio aplazado se derivan importantes ventajas jurídicas y económicas (4).

En un ensayo de estructuración de estas últimas -- ventajas cabe alegar:

- a) El fraccionamiento del crédito en tramos autónomos simplifica el mecanismo cancelatorio de la hipoteca en una doble dirección: por su cancelación parcial, lo que incrementará, proporcionalmente a

(4) J. Sanahuja Tomás : R.J.C. abril-junio 1975: "Estudio Pragmatico de la h.e." Señala como ventajas : "Primero.- A los miles de actos privados, impresos ya muchas veces, con unas condiciones inhumanas y leoninas, que andan por ahí sueltos sin ninguna garantía ni seguridad, expuestos a las contingencias de cualquier desaprensivo estafador de incautos compradores, como tantas veces se ha repetido, podría ofrecerse la escritura pública solvente y legalizada, que daría seguridad al comprador de la finca y al vendedor del cobro del precio aplazado con la garantía de la hipoteca cambiaria avaladora de las letras libradas y la ventaja de poder negociarlas solventemente. Segundo.- Impedirá al vendedor, o sea al titular de la finca, poder otorgar contratos de enajenación y gravamen, que pudiesen redundar en perjuicio del comprador, --- cuando el contrato se ha hecho en documento privado. Tercero.- Y la inscripción registral, daría publicidad, ante terceros de la situación jurídica y contractual de la finca, evitando ver burlada su buena fe." Se estudian las ventajas de la hipoteca cambiaria contrastadas con las señaladas por G. Mañó de Dios ("La Ley" de 27 de mayo de 1983) para la condición resolutoria.

la cantidad por que se cancela, el valor de la finca hipotecada y permitirá al deudor obtener menos préstamos sobre la diferencia entre el valor total de la finca y lo que quede por amortizar de la hipoteca; porque se independiza la cancelación de la hipoteca de una determinada persona y de sus vicisitudes (difícil localización, ausencia, fallecimiento ...)

- b) Frente a la inserción de la condición resolutoria en un contrato de compra-venta con precio aplazado, resulta la institución de h.c. un recurso mucho más atractivo para el vendedor y, cuando se libran letras de cambio como forma de pago aplazado - lo que es práctica normal-, para los terceros tenedores de los efectos, así como más justo para el comprador.

En la hipótesis de la condición resolutoria, el comprador, caso de impago de una cambial, se verá torpedeado por la automaticidad de la misiva notarial que en forma de requerimiento brinda el art. 1504 del C.C. al vendedor, a más de la pérdida total o parcial de los pagos ya efectuados que a modo de cláusula penal, se haya pactado expresamente en el contrato. No obstante, paralelamente a la facultad moderadora de esta pena que al juez atribuye el art. 1154 del C.C., el Tribunal Supremo ha mitigado el desequilibrio proporcional que la reseñada mecanicidad comporta en aras del acreedor-vendedor. Así por una interpretación compenetrati-

va de los artículos 1124 y 1504, considerando que el previo cumplimiento de sus obligaciones por el vendedor (1124), generalmente presupuesto para el seguimiento resolutorio (1504), neutraliza el efecto maquinal de éste, de una manera que si el comprador muestra su disconformidad en el acta notarial se establece una "litis" que debe ser resuelta en el correspondiente procedimiento judicial (5). De lo cual resulta beneficiado el comprador y perjudicado el vendedor, que ya no contará con el rápido procedimiento de recuperación de la cosa vendida ni de su precio hasta tanto resuelvan los Tribunales. Además, si alguna de las letras ha sido endosada se produce "un curioso caso de disociación entre el que realmente está interesado en el cobro y el titular de la garantía", ya que la condición resolutoria no se transmite con la letra, lo que permitirá al tenedor de ésta instar el embargo de bienes del deudor-librado entre los que se halla el bien vendido, a través de la acción ejecutiva cambiaria en un procedimiento más ágil que el que -por la vía antes indicada- corresponde al titular del derecho expectante de readquisición derivado de la condición resolutoria.

(5) En este sentido sentencias de: 16-XI-1979, 15-IV-1981, 1-III-1982 que, junto a otras que definen el automatismo resolutorio, son objeto de comentario por G. Muñoz de Dios en ("La Ley" de 27 de mayo de 1983) loc.cit.

Con la hipoteca cambiaria, por el contrario, el ven
dedor se asegura del puntual pago del precio y los
posibles tenedores de la letra serán, al tiempo que
interesados en el cobro, titulares de la garantía,-
lo que evitará posibles conflictos procedimentales
con el vendedor. Asimismo puede haber casos -usua -
les en la práctica jurídica- de adquisición de so -
lar sobre el que se constituye hipoteca para garan -
tizar un préstamo que financie la construcción de -
vivienda en el mismo. Nacerá entonces una colisión
de intereses entre el vendedor (titular de la condi -
ción resolutoria) y el prestamista (acreedor hipo -
termio) que se traducirá registralmente en la pospo -
sición de la hipoteca a la condición resolutoria, -
hecho éste que entorpecerá tal facilidad crediticia
por parte de la entidad bancaria, o en la posposi -
ción de la condición resolutoria a la hipoteca, con -
dición que puede disuadir al vendedor de cerrar la
operación. La h.c., en cambio, ofrece la oportuni -
dad al deudor o al fiador hipotecario de constituir
la sobre cualquier otro bien distinto del comprado,
quedando éste expedito para la finalidad antes anun -
ciada.

- c) Frente a la compraventa con un precio aplazado ga -
rantizado con hipoteca, se emitan o no letras de -
cambio, pero sin que éstas queden directamente ga -
rantizadas, ofrece la h.c. la ventaja de la negocia -
ción anticipada con el consiguiente inmediato mane -
jo de numerario.

- d) Frente al préstamo hipotecario en que no se garantiza letras, con la h.c. la entidad bancaria está en condiciones de movilizar sus activos hipotecarios que duermen el sueño de la Bella Durmiente a través del descuento o redescuento.
- e) La hipoteca en garantía de una letra aliviará al deudor de la rigidez de los vencimientos cambiarios, propiciando la renovación de la letra cuando el acreedor condicione ésta a la institución de la garantía real. Igualmente se allanarán las reticencias del tenedor para renovar la letra si la renovación queda cubierta con la hipoteca desde la misma emisión de la letra, en la forma que estudiaremos.
- f) La h.c. puede igualmente jugar una función preventiva poniéndose a disposición del deudor para evitarle a éste males mayores o al menos más inminentes (embargos ...).
- g) La h.c. como alternativa a la "penalización" de la L. de c. que podrá tener un efecto centrífugo respecto a su utilización como medio de pago.

Desde la perspectiva de la política económica se echa de ver también la densidad social de nuestra figura. En efecto, la negociación anticipada de las letras garantizables con hipoteca a favor de los vendedores producirá el saludable efecto de facilitar la pronta reinversión de los beneficios en el sector de la construcción y en nuevos préstamos, respectivamen-

te. Se me dirá que al vendedor lo que le interesa es recibir el dinero en metálico y en su totalidad al tiempo de la venta, resultado que se obtiene con el préstamo hipotecario y la subrogación del comprador en la hipoteca. Pero en este caso el precio del dinero es notablemente superior al valor de lo comprado. Las entidades bancarias obtienen pingües beneficios del capital prestado con altas cifras de amortización periódica y elevados intereses, por mucho que faciliten el acceso a vivienda propia a personas que no cuentan con las disponibilidades efectivas precisas y por muy marcadas que sean las tasas de inflación, para contrarrestar las cuales incluyen frondosas estipulaciones en las escrituras de préstamo hipotecario -- que dan cobijo a variopintas cláusulas de interés variable con sofisticados procedimientos de fijación del mismo. Al carecer la vivienda de toda etiqueta de inversión productiva, los beneficios así obtenidos -- por los Bancos no suelen volver por el Sector que los generó -- como lo demuestra el estadístico descenso de estos préstamos -- desviándose hacia otras actividades más productivas. La constatación de este hecho económico nos puede inducir a aconsejar el uso de la h.c., en sustitución de los préstamos hipotecarios bancarios, en favor de los vendedores-construtores que, satisfechos de las operaciones, se apresurarán a reinvertir en el sector que las favoreció. Lo cierto es -- que los préstamos hipotecarios en que se garantizan letras pueden ser tanto o más útiles a estos efectos. Si las entidades bancarias reconducen a la construc--

ción lo así obtenido por negaciación de las letras - puede hacerse un circuito económico de efectos multiplicadores que coadyuvará a colmar las dos grandes - coordenadas del hombre : las necesidades -la vivienda lo es, y primaria- y el trabajo -no sólo el directa-- mente absorbido por la construcción, sino el englobado en una interminable lista de industrias complementarias. De esto se derivará la creación de riqueza, - pero ya como efecto, y no como fin. Así se habrá colaborado en el rescate del sentido humano para ésta parcela del Derecho que, como tantas otras, se ha desganchado de él.

De lo dicho podemos inferir, como característica fundamental de la hipoteca cambiaria, una plútime ambivalencia de fines, traducción económica de la elasticidad jurídica que sella su función.

T I T U L O I I

LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO

"CLAUSULA HIPOTECARIA"

EN EL DERECHO INTERMEDIO

Como quiera que en el Derecho Común no existía una regla como la actual del art. 1911 de C.C., los prácticos de aquel derecho remediaron la ausencia de una ley que consagrara la afección general de todos los bienes del deudor al cumplimiento de la obligación, -- mediante la concepción de la responsabilidad patrimonial al modo de una hipoteca "omnium bonorum". Así, junto a las hipotecas convencionales y a las judiciales, surgieron las hipotecas que nacían "calladamente, magüer non es y dicha ninguna cosa". Esta situación, empero, no fue exclusiva de nuestros coterráneos sujetos al Derecho de Partidas, en el que por influencia romana se contempló la hipoteca como un tipo del "peño", sino de carácter general en la Europa de la época.

En este contexto han de ubicarse unos textos recogidos por Pompeo Baldasseroni en sus "Leggi e costumi del cambio", publicado en 1784 (1), y que, por su indudable interés para el tema que nos ocupa, reproducimos, ordenados según nuestro criterio, al objeto de -- ulteriormente formular sobre ellos las oportunas reflexiones. De este modo tendremos ocasión de contrastar las hipotecas que competían a los tenedores de -- las cambiales, según estas primeras noticias y sin --

(1)"Leggi e costumi del cambio, che si osservano nelle principali piazze di Europa, e singolarmente in quella di Livorno" Pescia, Stamp. di G. Masi, 1784.. En 1805 se publica la 3ª edición en 3 vols. por Modena Società Tipografica. (pp. 439 y ss.)

perder la perspectiva histórica de lo que entonces se entendía por hipoteca, con la moderna hipoteca cambiaria. Trazaremos, en fin, algunos rasgos semánticos en correspondencia con su significación jurídica.

A) Los Textos

Baldasseroni, tras referirse a las dos maneras de constituirse cualquier hipoteca ("in forza della - difpofizione di una Legge" y "colle parole dell'Uomo") niega el beneficio de esta hipoteca en favor de los poseedores de la letra en cuatro planos diferentes: 1) "il tenore delle cambiali non porta - alcuna coftituzione d'ipoteca"; 2) "Non vi é alcuna legge generale, che coftituifca l'ipoteca nelle cambiali"; 3) Tampoco por el "Commune e Tacito con fenfo delle Nazione ... Le cambiale abbiano ottenu to un tal beneficio"; 4) "In fatti gli sorittoni - del Gius cambiario hanno per maffima generale fta bilito, che non competa alle cambiale alcun'ipote ca fu i beni di quelli, che fono obbligati a favo re del Poffeffore per il puntual pagamento di alcu na di effe".

Recoge, sin embargo, una serie de textos en lo que aparece esta hipoteca apoyada en fuentes de natura leza autónoma: la "clausula hypothecaria", o heterónoma: " ex consuetudinibus", "sanctionibus parti cularium locorum", "statuta". De acuerdo con este distinto origen de la hipoteca nos permitimos la -

siguiente clasificación trimembre de los textos (el - subrayado nuestro):

"CLAUSULA HYPOTHECARIA"

"Hypothecae jus competit Creditori cambiali, QUOTIES CLAUSULA HYPOTHECARIA LITTERIS CAMBIALIBUS INFER TA EFT", "Altera succedit hic dubitatio, a eft, an - pro Litteris competat REGULARITER PRIVILEGIUM HYPOTHECAE. Cui quidem difficultati satisfaciendo, rem DE IURE COMMUNI PRO NEGATIVA effe definitam concluditio".(1)

"Non reperi iure cautum, quod detur. Et hinc eft - quod subscribens se huiusmodi literis, vel Schematae, in qua fit per Debitorem promissio de solvendo sub obligationes generali generali bonorum, non ideominus se obligat, nec ullo modo contrahitur pro dicto debito hypotheca, NIFI ID IN SUBSCRIPTIONE EXPRESUM FIT"(2)

"GIUS MUNICIPALE" y "EX CONSUETUDINIBUS"

"Dixi autem (rem pro negativa definitam, Jure Communi inspecto), QUONIAM EX CONSUETUDINIBUS SANCTIONIBUS PARTICULARIUM LOCORUM fecus definitum est." (3) y "Literae Gambii de iure non habent hypothecam, FECUS AUTEM DE CONSUETUDINE DIVERSORUM LOCORUM"(4)

(1) Franck. Inflit. Jur. Camb. lib. 2 sect. 2 tit. 1 3.

(2) Joannes Baptista Catavius: "Tractatus de cambiis" p. 235

(3) "Genua de Scriptura privata", lib. 3, quaest. 2 6.

(4) Sabelli: Summa Littera 17. num. 5.

"STATUTA"

Se señala, a este efecto, que "nell'Austria le Cambiali godono il BENEFICIO DELL'IPOTECA". Del artículo 47 de la Ordenanza para el Cambio de 10 de Septiembre de 1717 resulta consagrado un uso, establecido en otros países, constitutivo de un "Lus Cambiale privilegiato ... PER MAGGIORMENTE PROMUOVERE IL NEGOZIO CAMBIALE TANTO VANTAGGIOFO AL PUBBLICO, le lettere di cambio aveffero la preferenza alle Scritte ordinarie, si chirografi, ed altre obbligazioni perfonali non privilegiate ...", pero subordinado a "le prevenzioni privilegiate e reali, o altri titoli provvifti di ATTUALE ipoteca ..."

Más adelante se hace eco el autor de una "IPOTECA FPECIALE, O FIA CIUS DI PEGNO, ACCORDATO A FAVORE DELLE CAMBIALI FOPRA GLI AFFEGNI DEFTINATI AL RIMBORFO DELLE TRATTE" admitido por diversas legislaciones estatutarias (2)

- (2) Sic: "Statuto della Mercanzia di Firenze", "ordinanza del Cambio de Franckfort del 18 de Settembre - 1667" "Ordinanza de Sajonia del 4 Settembre 1669" "Ordinanza del Cambio di Breslavia del 28 Novembre de 1672". Item, de Danzica del 8 Marzo 1701, "Reglamento per le Cambiali di Maffa e Carrara del 21 Novembre de 1782.

Esta hipoteca especial parece haber tenido la consideración de "maffima generale nel Gius Cambiario" a juzgar por la multitud de ordenanzas y textos que aluden a ella. Entre todos, seleccionò este del "Statuto della Mercanzia di Firenze" que permite un "gius di pegno fopra quelle mercanzie, crediti, denari, nomi di Debitori, o altri fondi, che fi trovano ... nelle mani di un Negoziante, o in quelle di Terze perfone - al suo ordine, o in via al di lui ordine, di un Negoziante, dico, che fia creditore, o abbia affunti impegni per conto del Proprietario di dette mercanzie, - Crediti ...; e, purché que fti affegni di cofe mobili fieno paffati nelle mani del Creditore due giorni , - mima del fallimento del Debitore propietario di effi, prefervó i medefimi olalla con qua ffazione dell'ipoteca, e dal dovere di efser portati nella massa patrimoniale del Fallito, volendo que UN TAL CREDITORE ABBIA PRIMA OBLIGATO, e IPOTECATO per la concorrente - quantita di tal fuo credito le mercanzie, o robe, di che fopra, che alcun'altro Creditore di tal Fallito, e ne abbi la RETENZIONE, finché venga pagato (...fi - possa in fu quella, o quelli, valere PER VIA DI VENDITA, conforme nota l'allegata), e per tal fuo credito per la concorrente quantita non fia tenuto a contribuire, concorrere, o in alcun modo mefcolarfi un --- glialtri creditore, ma fi pofsa in fu quella, o que lli, valere (per via di vendita) PER VIA DI VENDITA.."

B) Su Análisis

Al distinto origen de fuentes de estas posibles hi
potesis se yuxtaponen las diferentes conformacio -
nes de que son susceptibles: especial y general; -
pactada y "ministerio iuris"

1) LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO "CLAUSULA HYPOTHECA- RIA" INSERTA EN LA LETRA.

Para que esta hipoteca se tuviere por constituí
da era imprescindible que así se estipulase y -
se hiciese constar en la misma letra de cambio.
No era lícito pactar la hipoteca en un documen-
to que no fuera el cambiario. La estipulación -
por sí misma sería insuficiente, debiendo acom-
pañarse por su inserción en la cambial. Estamos
pues, ante una hipoteca contextual, más bien --
que pactada, aunque no llegare a formar parte -
integrante del tenor típico de la letra. En u-
na perfecta reciprocidad de servicios, el nego-
cio cambiario queda reforzado y la hipoteca re -
sulta tributaria de los beneficios de la publi-
cidad posesoria. Esto supuso un innegable avan-
ce con relación al "statu quo" de clandestini -
dad de las hipotecas tácitas y al rudimentario
procedimiento de publicidad de las convenciona-
les.

Según la mayor parte de la doctrina moderna, la
nota expresiva de haberse constituido hipoteca

que hoy se extiende en la letra es un puro medio - de individualizar la letra garantizada. La inser - ción, en cambio, de la "clausula hypothecaria" en la letra no es sólo un simple medio de identifica - ción de la letra garantizada, sino que es la forma -única- constitutiva de la hipoteca misma.

Con ser expresa esta hipoteca ¿es también espe --- cial? O sea ¿se afectan por ella determinados bie - nes al pago de la letra o, por el contrario, es u - na afección "omnium bonorum"?. Más bien parece es - to último. En el texto de Joannes Baptista Cata -- vius se dice "... in qua fit per debitorem promi - ffio de solvendo fub obligatione omnium bonorum, - non ideo minus fe obligat, nec ullo modo contrahi - tur prodicto, debito hypotheca, NIFI ID IN FUBF -- CRIPTIONE EXPRESSUM EST". De su lectura se deducen, en lo que nos interesa, algunos datos básicos:

- 1) El hecho de obligar los "omnium bonorum", no exi - me de la obligación personal ("non ideo minus - SE OBLIGAT") ni modifica ésta. Es decir, no pue - de decirse que, con ello, varíe el objeto del derecho del acreedor desde la esfera personal - del deudor a la patrimonial.
- 2) ¿A qué está referido el término "id"? ¿al hecho de que a la promesa de pago contenida en la le - tra se sujete la obligación general de todos -- los bienes del deudor?, o ¿ a la abstracta posi - bilidad de establecer hipoteca en garantía del

débito cambiario, sin prejuzgar qué bienes - pueden quedar afectos?. De conformidad con el - sentido condicional de la conjunción "nisi" debe quedar referida al mero hecho alternativo de la inserción en la letra de aquello mismo que, de otro modo, no tendría el efecto que se pretende. La componente fija es la obligación general de todos los bienes del deudor; la variable independiente, su inserción o no en la letra. - Aquella será la estipulación; ésta la verdadera "clausula hypothecaria".

- 3) ¿En qué momento de la vida de la letra debe -- practicarse la inserción de la hipoteca? No --- creemos que la exigencia de su simultaneidad -- con la misma emisión de la letra pueda ~~aportarse~~ -- carse sólo en el uso del verbo ("expresum est") en una forma pretérita, pues en todo caso es el tiempo que rige la partícula "nisi". Pero sí ca be sostener tal coetaneidad, por otras razones: el descrito referente del "id", junto a la colocación de la expresión "sub obligatione omnium bonorum" inmediatamente después de la "promi -- ffio de solvendo", lo que revela el sentido incoativo de la sujección; y el uso del término - "in fubfcriptione", en lugar de "in littera", i lustrativo de que habría de ser el librador, al suscribir la letra, quien hubiera de constituir la hipoteca.

Barruntamos los malabarismos técnicos que debieron elaborar los clásicos del Derecho Intermedio para conciliar la unilateralidad de la letra con la bilateralidad de la hipoteca, ya que era aquella única vía de constitución de ésta y, como hemos visto, parece ser que la cláusula habría de insertarse por el suscriptor sin contar con la voluntad de aceptación del poseedor de la cambial. Esto, sin duda, violentaría el rancio espíritu de la máxima "nolenti ius adquiri non potest"

2) LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO HIPOTECA GENERAL DE DERECHO CONSUETUDINARIO Y DE DERECHO MUNICIPAL.

En uno de los textos que admiten la "clausula Hypothecaria" apostilla Baldasseroni: "il che non è in ufo in alcuna Piazza d' Europa". ¿Por qué entonces se reconoce que llegó a formar parte de algunos derechos consuetudinarios y legislaciones particulares? Una razón, y no vana, puede ser que con ello no se reconocía una práctica vigente, pero sí su conveniencia (3). Recuérdese que la ordenanza aus-

(3) lo que si es difícil de admitir en términos de derecho consuetudinario, no lo es en el de las legislaciones municipales. Así, escribía Cornil ("El Derecho Privado", Madrid, 1928 pp. 95,96):
(continúa)

tríaca para el Cambio de Carlos VI, de 1717, justificaba en su artículo 47 el "Ius cambiale privilegiato" "per maggiormente promuovere èl Negozio Cambiale tanto vantaggiofo al Pubblico".

Estamos en presencia de una hipoteca general y tácita impuesta por ministerio legal. Con ella obtiene el poseedor de la cambial preferencia sobre los acreedores quirografarios y se sitúa su derecho -- "fubito dopo le pretenzionè privilegiate e reali,

(3) (continuación de la hoja anterior)

"No sería difícil demostrar que la práctica no -- contenciosa prepara frecuentemente la obra del legislador, revelándole necesidades sociales, ya i -- nadvertidas, ya nuevas. Esta es una verdad que ni siquiera tiene el mérito de la novedad, porque la historia del Derecho romano hace desfilar ante nosotros innumerables innovaciones introducidas por el procedimiento siguiente: por cláusulas insertas en los contratos privados, los interesados adicionan o derogan las prescripciones de la ley; semejantes cláusulas se convierten en formularias, de estilo, cuando responden a una necesidad constante. Y entonces ocurre que el edicto del pretor o -- la ley no tardan en considerarles como sobre en -- vendidas. La transformación que resulta de tal evolución es clara: mientras esas cláusulas eran -- formuladas por los interesados, el Derecho que consagraban pertenecía al Derecho de la costumbre, -- nacido de prácticas consultantes de la vida civil; pero en el momento en que su inserción no es precisa, porque se sobreentienden, el Derecho que establecen se halla consagrado directamente por el -- edicto del pretor o por la ley, es decir, que se funda en el Derecho del Juez o en el del Legislador".

o altri titoli provvisti di ATTUALE ipoteca". Se perfila, pues, el beneficio hipotecario con un caracter cautelar y potencial, para ser hecho valer en caso de "concordi di Creditori, nelle Svide, e fimile occorrenze". Este hecho entronca con la idea de potencialidad de esta hipoteca general, no ya en punto a la realización del valor, sino a su nacimiento mismo. Se nos ofrece una hipoteca instantánea, desprovista de una fase de seguridad autónoma de la ejecución. Una hipoteca constitutivamente radicalizada al momento de la ejecución. Y no de cualquier ejecución, ha de tratarse de una ejecución colectiva, para que se pavonee su preferencia. El hecho que origina su constitución no es el impago de la letra de cambio, sino la situación de insolvencia del deudor. Es, pues, una suerte de fianza hipotecaria o hipoteca caucional con una fisonomía predominantemente procesal. ¿Qué otro sentido puede tener la posposición de estas hipotecas a "altri titoli provvisti di ATTUALE ipoteca? Un recto entendimiento de esta contraposición (hipotecas cambiales generales - hipotecas actuales) otorga caracter tácito y general a estas hipotecas en razón de que el crédito garantizado era considerado como inexistente hasta tanto no se produjera su vencimiento. De este guisa, a falta de una publicidad ordenada, las prioridades de las hipotecas se medirían por las prioridades de los créditos con ellas garantizados. La razón técnica queda fundada

en que ya el Derecho Romano había sancionado la licitud de fianzas e hipotecas en garantía de deudas futuras. La razón sociológica tiene su apoyo en - que estas hipotesis generales se entendían constituidas "ratione materie" para proteger determinados intereses que el legislador estimaba dignos de un especial mero, y entre estos estaba el negocio cambiario, "Tanto vantaggio al Publico".

3) LA HIPOTECA CAMBIARIA COMO HIPOTECA ESPECIAL O DERECHO DE PRENDA SOBRE DETERMINADOS BIENES EN LAS LEGISLACIONES ESTATUARIAS.

Se contemplaba esta hipoteca como "hipoteca especial" o "Gius di pegno" que recaía sobre las mercancías, créditos, dinero y demás fondos destinados por el deudor al negocio. En su virtud gozaba el proveedor de la cambial de dos tipos de derechos :

a) un derecho de prelación que impedía que aquellos efectos se aportaran a la masa patrimonial del Concurso. No va a ser ya mera preferencia sobre algunos acreedores, sino verdadero privilegio frente a todo tipo de acreedores, aunque sólo sobre los mencionados bienes afectados a tal destino.

b) un derecho a que, incluso con anterioridad al - Concurso, le fueran entregados ("paffati nelle mani") bienes suficientes para cubrir su crédito. Sobre ellos tenía el acreedor no sólo un simple derecho de retención ("e ne abbi la retenzione") sino un "ius vendendi" ("fi pofsa ... valere per via de vendita")

Frente a la general hipoteca consuetudinaria y de "Gius municipale; es ésta una especial, objetivamente más restringida ("fopra affegni deftinati al rimborfo delle Tratte") y procesalmente más cualificada. El beneficio de separación con que -- cuenta el poseedor de la cambial ("preservò i medefimi dalla conquaffazione dell'ipoteca) le preservaba de intervenir en el juicio de concurso o quiebra ("non fía Tenuto a contribuire, concorrere, o in alcun modo mefcolarfi con gli altri creditor") Se observa en ello ciertos atisbos de modernidad -- en esta hipoteca especial. También, en nuestro Derecho actual se halla dispensados los acreedores -- hipotecarios de la obligación de concurrir en los juicios concursales. He aquí la causa de la inadecuación de la terminología de entonces y de la de ahora (art. 1923 C.C.) cuando califican o clasifican los créditos hipotecarios como privilegiados.- Al ser éstos realizables fuera del círculo de créditos concurrentes, se desvanece la realidad con -- relación a la cual sólo es predicable la prelación.

Hemos de concluir, por tanto, que esta nominación tuvo y tiene una transcendencia puramente negativa en el sentido de que lo que excediere del valor - del crédito cambiario pase a alistarse en la masa concursal ("un tal creditore abbia obligato, e ipotecato PER LA CONCORRENTE quantità di tal fuo credito la mercanzie...").

REFLEXION LINGUISTICA : DERECHO ROMANO,
DERECHO INTERMEDIO; DERECHO MODERNO.

En primer lugar, apreciamos un comportamiento hiponímico del Derecho Romano respecto a su huésped lingüístico, la "Hypotheca", en cuanto que ésta queda absorbida semánticamente por el "pignus".

Magnik desglosa la cuestión del origen y la vida - de la hipoteca de la del nombre con el que, en algunos textos, fué designada. Siguiendo esta pauta Arias Ramos escribe : "en la hipoteca romana una cosa es el nacimiento y otra el bautismo, o mejor aun, el nuevo nombre preferidos por algunos en la confirmación, ya que la denominación "hypotheca" se empleó cuando la - institución llevada mucho tiempo de vida en el Derecho Romano, y no fue, aún después de incorporada, - de uso general entre los jurisconsultos " (5)

(5) J. Arias Ramón: "la doctrina de la "conventio y el origen de la hipoteca romana". R.D.P. abril 1943 p.- 214

Añádase a esto que entre los clásicos que la prohija-ron no quedó ceñida al pignus sin traslado de la posesión, sino que se usó indistintamente por "pignus" en sentido amplio.

Reconducido este desglose entre la vida y el nombre al ámbito lingüístico descubrimos una hiponimia - entre "pignus" e "hypotheca" en virtud de lo cual ésta se halla comprendida en aquella. Veámoslo. Efectuado ya el rodaje de la palabra en su singladura terminológica latina, todavía pudo ironizar Marciano : "inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt" (6). Ni siquiera el nombre, tal solo el sonido del - nombre, fonema o, por decirlo con terminos saussurianos, la "imagen acústica", tal cual era cantada por -- los grecófilos, rompía la quietud misma del "pignus". La simple detonación de un grito lingüístico (!hypo--theca!) carecía de sustancia semántica nueva como para hacer quebrar la univocidad del "pignus". No se -- trata de una pura discursión lingüística. Obedece a la ausencia de diferencias jurídicas esenciales entre prenda e hipoteca en lo concerniente al "Status loci"

(6) Respecto a la cuestión suscitada en el Derecho In termedio sobre la posible antinomia entre este texto de Marciano (Fig. XX-1,5,1) y otro de Ulpiano (Fig. -- XIII-XII, 9 2º) : "proprie pignus dicimus, quod ad cre ditorem transit, hypothecam autem quum non transit, - nec possessio ad creditorem". Vide Vallet "Estudio so bre garantías reales" pp. 233, 11.

de la cosa pignorada o hipotecada, a su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria o a sus efectos. De tanto figurar juntas, prenda e hipoteca, se han visto envueltas en un fenómeno de contagio semántico, coincidente con la unidad de intencionalidades jurídicas de ambas. El Derecho Romano contempló la hipoteca como "definiendum" romano con "definiens" en latin antes que la "hypotheca" como "definiens" griego de un "definendum" romano. Esto es, los romanos conocieron la realidad que cubre la práctica de la hipoteca, como embebida en el pignus, antes que el término "hypotheca" para designar esa realidad. La autosuficiencia del pignus hacía innecesaria una "nova et propria appellatio" Es verdad que algunos autores mencionaban ocasionalmente una situación dada como "hypotheca", pero fué más por prurito helenizante que por inadecuación del vocabulario latino para nominar aquellas. A su vez, sin con posterioridad el término "hypotheca" llegó a tener implantación social como referido a una institución jurídica con entidad propia, fué debido, sin duda, a una repercusión directa de la clasificación de bienes muebles o inmuebles en la etapa orientalizante del Derecho Romano y al uso especificativo de la "hypotheca" en el lenguaje común. Cumplíanse así los dísticos de Horacio: "Greca Capta, victores cepit", el uno; y sobre el valor soberano del uso de la palabra como "ius et norma loquendi", el otro. Idea ésta igualmente aprehensible en Celso: "non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudire debent"

En segundo lugar, en el Derecho Intermedio la hipoteca cambiaria estaría regida por una sinonimia, con el "pignus", y por una hiponimia, para con el crédito garantizado, apoyada, según los casos, en la "clausula hypothecaria", en la costumbre o en el mandato estatutario.

En el Derecho Intermedio, las relaciones entre --prenda e hipoteca se configuran por el derrotero sinónimo. Las partidas prudentemente recomendaron el empleo de palabras llanas "e paladines de manera que todo hombre las pueda entender o retener". Haciendo gala de su coherencia, guardaron un mutismo absoluto en torno al término "hypotheca", que sí aparece en las --Leyes de Toro (7). La consideración romana de la hipoteca como modalidad del acto de constitución del "pignus" legitima la afirmación de que aquella salió como por esporulación o germinación de la célula de la prenda mobiliaria sin desplazamiento de la posesión (8).

(7) Claudio Anton de Luzuriaga : "nuestra legislación de las Partidas, que con pocas alteraciones es todavía la vigente, confunde también prenda y la hipoteca bajo el nombre común de Peños, y de esta confusión en las palabras resulta la confusión en las ideas y, por consiguiente, la obscuridad de las acciones civiles.. "Concordancias, p. 190 T.IV

(8) Arias Ramos op. C.V. p. 214

Así como los "inventa et illata" (9) propiciaron el surgimiento histórico de la hipoteca como "pignus conventus", así también los "affegni deftinati al rimborso delle Tratte" abonaron una germinal hipoteca cambiaria con una ulterior "relatio" -la determinación de los bienes por razón del destino-, y una primitiva publicidad del derecho; posesoria-cartular, en la "clausula hypothecaria", o legal, caso de hipotecas dimanantes del Derecho particular o "Statuta". Hay una nivelación o igualación de los términos, prenda e hipoteca; no absorción de uno por otro. La hipoteca no es tanto una modalidad del acto de constitución del "pignus" cuanto una cualidad o modo de ser (privilegiado) del crédito garantizado, bien por inserción de la "clausula hypothecaria" en la letra, bien por disposición legislativa. Se ofrece así una orientación "ad extra" de la hipoteca. La cuestión fundamental será la caracterización obligacional de ésta, como cualidad inherente al crédito, quedando oscurecida su sustantividad como derecho real. No cabe hablar en esta precaria hipoteca cambiaria de acceso-

(9) No es que la hipoteca debe su origen a la sujeción de los "inventa et illata", sino que éstos constituyen el primer caso de PSD en el Derecho Romano, lo que es bien distinto.

riedad, sino de inherencia al crédito. Sintácticamente diríamos que se emplea la hipoteca en predicado temporal del crédito, en aditamento de prioridad.

En tercer lugar, dicente a la hipoteca moderna, también aflora una buena dosis de anfibología en los términos jurídicos actuales.

Los dardos lanzados por la critica moderna hacia lo que se tiene por confuso y rudimentario sistema romano de hipotecas, se revuelven, cual saetas encantadas contra sí misma. El Derecho Romano clásico decantó las situaciones jurídicas de cobertura pignoratitia o hipotecaria no en función del carácter mueble o inmueble, puesto que aún no conocía esta clasificación definitiva, ni por el desplazamiento posesorio, sino en atención a la distinta forma de constituirse la garantía ("traditio", "conventio") en correlación lógica con la distinción entre "res Mancipi" y "res nec Mancipi". El Derecho moderno, en cambio, tras establecer como premisas distintivas de prenda e hipoteca la posesión y el Registro, transgrede esa línea fronteriza que es la forma constitutiva y regula para la prenda sin desplazamiento un mecanismo de constitución similar al de la hipoteca y permite constituir hipoteca sobre bienes muebles. Devienen así prenda e hipoteca términos equipolentes en el lenguaje jurídico actual, en la medida en que se introduce una normativa correctora de aquellos que se estimaban presupuestos axiomáticos, a saber, la sujeción de inmuebles a hipoteca y la de muebles a

la prenda; la publicidad registral en aquella, la publicidad posesoria en ésta. La razón de fondo de esta equipolencia radica en la superación de la clasificación de bienes muebles y bienes inmuebles, y en el hallazgo de nuevas formulas clasificatorias o, al menos, en una flexibilización de las viejas categorías según el grado de identificabilidad. Al modificarse el campo aplicativo de la terminología antigua, se produce indefectiblemente una correa equipolente en los significados de prenda e hipoteca. Este punto de vista no es válido para el Derecho Romano, por ser otro el origen de la distinción.

Por otra parte, las actuales hipotecas legales constituyen un crisol de múltiples hipotecas-caucionales (10), hipotecas-prelaciones, hipotecas-cargas reales, que aluden a situaciones jurídicas cuyo interés de protección resulta heteroclito, como el de los reservatarios, menores o incapacitados, Estado, Municipio, aseguradores, legarios de pensiones periodicas, ampliación de hipoteca... Todo menos el derecho real pactado e inscrito de las hipotecas voluntarias. La pluralidad de situaciones descritas ha provocado una multivocidad o polisemia en el término de hipoteca.

(10) No faltan autores que propugnan una configuración de este tipo para las hipotecas cambiarias actuales (Sic: Sanahuja : opcit.).

Conclusión

Destacamos, en fin, como dato sumamente significativo el que en una época en la que no existía un Registro de la Propiedad pudieran letra e hipoteca convivir en llana hermandad; y que la antitesis inmovilismo del crédito territorial-movilidad del crédito cambiario haya sido esgrimido como primer y fundamental alegato contra la hipoteca cambiaria, precisamente al tiempo de crearse esos Registros en el sentido moderno. No es el inmovilismo del crédito territorial la exacta razón, sino un malentendido inmovilismo del Registro de la Propiedad. Se desvirtúa la seguridad de las adquisiciones con la inmovilidad de las titulaciones. Pero el Registro no petrifica los títulos al inscribirlos, sino que los protege al publicarlos, a ellos y ... a sus vicisitudes.

T I T U L O I I I

LA HIPOTECA CAMBIARIA

EN LA DOCTRINA PATRIA:

A) Admisibilidad

B) Concepto y Naturaleza Jurídica

CAPITULO I

ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA CAMBIARIA EN NUESTRA
DOCTRINA

Opiniones emitidas entre 1861 (LH) y 1954 (LHM y PSD)

Recogemos el pronunciamiento de D. Jerónimo González sobre el tema, aparte de su valor intrínseco, por la influencia que haya podido tener en autores posteriores: "A pesar de que la letra de cambio es el tipo, por excelencia, del papel a la orden, se resiste la técnica hipotecaria a protegerla con sus principios. Una letra garantizada con hipoteca, afirma Hachenburg es una contradicción. No se acostumbra, asegura Biermann, a garantizar letras con hipoteca. El Código Civil alemán, para evitar dudas, menciona las letras separadamente. Pero entiéndase bien: la hipoteca que la garantiza es de seguridad necesariamente, y si se constituye una hipoteca en garantía del crédito contenido en la letra, el régimen sería completamente distinto".

Estos problemas no han sido planteados con claridad en nuestra legislación: las dudas que suscita la aplicación de la hipoteca ordinaria a un tipo tan refractario a la garantía real, como lo reconoció la Exposición de Motivos de la primitiva ley; la posibilidad de que el título protegido se pierda, la emisión de duplicados, el valor de las copias, la falta

de autenticidad de los endosos, el juego de los protestos, la renovación de giros, la caducidad, la responsabilidad solidaria, las excepciones oponibles, etc., provocan "dificultades insolubles para un régimen que no admita y regule las hipotecas de seguridad (1). Una simple lectura de las Actas de la Conferencia de la Haya para la unificación del derecho relativo a las letras de cambio, demuestra la clarividencia de aquella celeberrima Comisión que afirmaba en nuestra patria hace sesenta años "está erizada de dificultades la asimilación de un contrato hipotecario al contrato de cambio".

Probablemente debido al magisterio de don Jerónimo González la Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario firmaba un breve artículo sobre el tema del que destacamos las siguientes ideas: "Poco tiempo después (de la L.H. de 1861) y al amparo de las disposiciones dictadas para garantizar las emisiones de obligaciones ferroviarias endosables o al portador, fueron paulatinamente introducidas las hipotecas en garantía de letras, por personas un poco ajenas a la técnica inmobiliaria, especialmente por los directores de las sucursales del Banco de España, que al verse comprometidos por la situación desesperada de alguna persona acreditada en la provincia, y teniendo plena conciencia de las limitaciones del

Banco en orden a la negociación con garantía de fincas, acudían a los notarios para obtener la garantía de documentos y saldo sin suficiente poder y casi invadiendo el campo del Banco Hipotecario.

Más adelante, y al filo de una nota del profesor Sergio Sotgia a una Sentencia del Tribunal de Casación de Roma de 31 de julio de 1939, referente a una letra de cambio con garantía hipotecaria, sienta el siguiente criterio la redacción de esta revista: "...en nuestro derecho hay que distinguir cuidadosamente el título (propiaamente ejecutivo) de constitución (la escritura hipotecaria), del título propiaamente ejecutivo (la letra de cambio), y las relaciones entre ambos comprometeran en extremo al Registrador si para mantener el paralelismo no ampliamos el artículo 444 del Código Mercantil en una forma acaso inconciliable con la técnica cambiaria. Las letras aseguradas con hipoteca no se distinguen en la práctica de las otras; las renovables no contienen los elementos de identificación indispensables según la reglamentación hipotecaria; el retorno o regreso plantea problemas que no se reflejan en el documento de giro; el deudor cambiario no es pura y exclusivamente el librado; la cancelación de la hipoteca exigirá, según el artículo 82, la destrucción irreparable de la misma letra... y por eso ha derivado la so-

lución hacia el cauce de las hipotecas de máximun, que no son transmitibles con la letra garantizada y cubren tanto el principal, como los gastos de protesto, timbre, comisión y resaca".

Mariano Ribo al comentar el artículo 154, LH, tras las reformas de 1869 y 1909, se explicaba así: "El primer párrafo del artículo 154 habla de títulos transmisibles por endoso o al portador, lo cual vale tanto como decir a la orden o al portador, sin distinguir ni limitar el campo de aplicación de esta hipoteca. El segundo párrafo del mismo artículo, al determinar los requisitos de la escritura de constitución de la hipoteca, parece que no tiene en cuenta otra cosa que las grandes emisiones de obligaciones. Entiendo que la hipoteca no puede entenderse reducida en su aplicación a ésta, sino que puede extender su aplicación a toda clase de títulos a la orden y al portador...) Si la hipoteca regulada en el artículo 154 y siguientes no sirviera sino para las obligaciones contenidas en títulos emitidos en series sería imposible la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación contenida en una sola, a favor de los tenedores eventuales del mismo (...) La dificultad sube de punto cuando se trata de asegurar con hipoteca obligaciones incorporadas a letras de cambio. En ellas hay que resolver generalmente los siguientes

problemas: a) Señalar con claridad a quien afecta la hipoteca, sea a una persona determinada, sean los eventuales tenedores de la letra . b) Individualizar la obligación garantizada con la hipoteca, cosa no fácil, pues al incorporarse a una letra adquiere la obligación un carácter abstracto, por no señalar aquella la causa de ésta. c) Identificar un documento que carece de matriz y que muchas veces es renovado y emitido después de la constitución de la hipoteca" (2)

Dapena, al eludir la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, se expresaba así: "Uno de los puntos más oscuros y delicados de esta hipoteca es el de su relación con la letra de cambio, figura muy frecuente en la vida del comercio, que envuelve y relaciona estas instituciones: Cuenta corriente, letra de cambio (o efectos de comercio en general), apertura de créditos, descuento, etc." (3). Así mismo por su parte, en sus consideraciones acerca de la Reforma de la ley hipotecaria en 1944, señalaba: "Estimamos muy acertada esta reforma, pero es lástima que no se haya aprovechado también esta modificación para admitir esa misma clase de hipotecas en garantía de letras de cambio, tan frecuentes en la vida bancaria y sin más exigencia al vencimiento de estos efectos mercantiles que el deudor hipotecario apareciera

siempre como firmante u obligado cambiario, ya directo (como aceptante) o indirecto (librador, endosante, etc.) en los efectos mercantiles asegurados con dicha hipoteca. Indudablemente con tales hipotecas se hubiera facilitado el desarrollo de las conocidas, en la vida bancaria, con el nombre de "hipotecas de superposición de garantías", cada vez más frecuentes, llamadas así porque nacen después de la operación mercantil del descuento de esas letras y vienen tales hipotecas a reforzar el cumplimiento del pago de los efectos" (4).

Pérez Jofre nos ofrece su opinión en términos un tanto ambiguos cuando dice: "La constitución de hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, reguladas en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, no son de aplicación a las letras de cambio, porque el párrafo segundo exige determinados requisitos que no se pueden cumplir cuando se trata de cambiales. Por la misma razón, el artículo 151 no debe comprender las letras de cambio; por tanto, los créditos hipotecarios referentes a letras, según el mecanismo legal, no deben transmitirse por el simple endoso. La jurisprudencia hipotecaria abunda en ese criterio y quiere que estos créditos se transmitan a través de la cesión normal regulada en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria. (Véanse entre otras reno-

vaciones, las de 10 de noviembre de 1925 y 5 de marzo de 1929). Parecen fundamentales estas reformaciones en que en la transmisión extramagistral se crean a espaldas del Registro situaciones confusas y peligrosas.

Realmente, nuestra opinión es que no hay el peligro que parece porque se transmita el crédito hipotecario por el simple endoso, sin notificación al deudor ni hacerse constar en el Registro la transferencia. El peligro estaría en que el deudor pagará al acreedor anterior amparándose en el Registro e ignorando su endoso. Pero esto no es lógicamente posible, porque el pago ha de hacerse contra la letra, a quien figure en ella como dueño, sea su portador y le entregue al pagador" (5).

Vallet de Goytisolo comentaba: "Todas las hipotecas mobiliarias, y la prenda sin desplazamiento inscrita, deben poder garantizar el pago de letras de cambio y aún de sus sucesivas renovaciones... Creemos que debería darse a ésta (a la hipoteca) más flexibilidad y autorizar su constitución a favor de quien sea tenedor de la letra al exigirle su efectividad"(6).

Guimerá Peraza (7), por su parte, afirmaba: "Múltiples pueden ser las relaciones que se produzcan entre el contrato de cambio y la hipoteca. La hipoteca pue-

de garantizar el pago de una letra de cambio a favor de quien sea su tenedor; puede garantizar el pago de la letra a favor de persona determinada, sea como tenedor al vencimiento, sea también por vía de regreso; puede garantizar el pago hecho por persona determinada, en caso de tener ésta que hacer efectiva por vía de regreso..."

Opiniones emitidas entre 1954 (LHMPSD) y 1973

(Fecha de resolución que la doctrina considera un hito en la admisibilidad de la figura).

Sapena estrenaría doctrinalmente el nuevo contexto legislativo en estos términos: "La letra de cambio no es sólo la madre de los títulos de valores, sino también el título endosable más perfecto. Sin embargo no encaja con la hipoteca que para garantía de aquellos regula la Ley Hipotecaria. Pues si bien las prescripciones de su artículo 154 podrían amoldársele una por una, no así el conjunto de las mismas, que presupone la comisión en serie, y tampoco, por excepción, una de ellas fundamental: que los títulos han de ser talonarios. El legislador ha contemplado únicamente el préstamo por obligaciones representadas por títulos valores y nó el título valor aislado(...) y la ley de 16 de diciembre de 1954 permite la cons-

titución de tales prendas e hipoteca "en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se establezcan en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria" (art.7)(...) Admitidas, pues, la hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento en garantía de letra de cambio, creo que con ello se ha dado paso también a la hipoteca cambiaria sobre inmuebles. Si para aquellos fines de garantía se aceptan las reglas convenidas en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, no debemos negar a este precepto alcance igual cuando menos en el ordenamiento a que pertenece, en el de la hipoteca mobiliaria. Las razones contrarias a que la hipoteca cambiaria se configura similarmente a la de títulos valores se basaba en la inaplicabilidad a aquella de los preceptos para ésta ordenados, inaplicabilidad que el mismo legislador refuta en el artículo 7º de la ley de 16 de diciembre de 1954 se remitirá expresamente al 154 de la Ley Hipotecaria. Abierto el portón para una garantía más insegura, como es, por su objeto, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, no debe cerrarse a la garantía más perfecta. Si la ley admite, como sin duda alguna lo hace, la hipoteca cambiaria, lo que debe hacerse es buscar para ella la regulación más apta"(8).

Roca Sastre indicaba: "Por tanto, los artículos

154 y 156 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento utilizan conceptos que responden a un tecnicismo distinto de los cambiales, por cuanto éstos, tanto en su configuración y estructura como en sus fines y efectos, poco tienen que ver con la naturaleza de los títulos-obligaciones, pues aquellos son efectos de comercio y éstos valores mobiliarios. Pues bien, pese a las diferencias existentes entre la letra de cambio y los títulos-obligaciones... creemos que la cuestión debe resolverse en el sentido de que la hipoteca en garantía de la letra de cambio está comprendida en la regulación de los mencionados artículos de la Ley y Reglamento Hipotecarios vigentes, pues, aparte de que nadie discutirá que el artículo 150 de la Ley es aplicable, también lo son los demás artículos, salvo aquellas normas concretas que no les sean de exacta o posible aplicación. Los artículos 154 y 156 están más bien dictados para las hipotecas en garantía de títulos-obligaciones, pero de ellos cabe extraer, cuando no por analogía, normas aplicables a las hipotecas por letras de cambio, con las pertinentes adaptaciones... Que éste es el buen criterio lo demuestra elocuentemente la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento del 16 de diciembre de 1954... Es verdad que éste artículo 7º podría haber añadido "en cuanto fueren de aplicación",

u otros semejantes, o mejor hubiera sido completar el artículo 154 con las normas sobre hipoteca mobiliaria de que carece, pero el precepto es lo bastante significativo para dejar sentado que el pensamiento del legislador era favorable a la posibilidad de hipotecas en garantía de letras de cambio y demás efectos de comercio endosables" (9).

Opiniones posteriores a 1973

Fernández Cabaleiro, asimismo, hace notar: "Es, pues, forzoso admitir la habilidad de la hipoteca cambiaria en nuestro Derecho, como figura integrada en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria dentro de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso. Además, este criterio se refuerza si tenemos en cuenta que los bienes que pueden hipotecarse en garantía de la letra pueden ser de naturaleza inmueble o mueble, dando lugar a las figuras de la hipoteca mobiliaria e inmobiliaria... que la primera se encuentra específicamente admitida por el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento..."(10)

Cano Fernández a su vez, concluye: "1ª) La Ley Hipotecaria no reguló la hipoteca cambiaria en el artículo 154. 2ª) La Ley de Hipoteca Mobiliaria, aunque con

notoria imprecisión, ha dado entrada a esta figura -- jurídica en su artículo 7º. 3ª) La remisión al artículo 154 no puede entenderse de modo directo, sino simplemente como analógica" (11).

Camy Sánchez Cañete, en otro sentido, afirmaba: - "Para la procedencia de esta hipoteca (la que garantiza títulos transmisibles por endoso o al portador) no basta el hecho de que el título garantizado sea transmisible por endoso o al portador, sino que se requiere necesariamente la circunstancia de que los mismos sean talonario y con doble matriz, dado que, una de estas habrá de ser depositada necesariamente en los Registros que se indica (párr. 2º art. 154 L.H., y párr. 1º y 2º del art. 247 del R.H.) Requisito que unido a que el título ha de representar un crédito dinerario permite asegurar que sólo sea concebida esta hipoteca como en garantía de títulos obligaciones".

"Por ello no es posible esta especial hipoteca para garantizar ciertos títulos endosables, en los que no existe posibilidad de doble matriz. (R. 10 de noviembre de 1925). Con lo que no se quiere decir el que los créditos inmersos en la letra de cambio no sean susceptibles de garantía hipotecaria, si no que ellos no pueden serlo de esta especial hipoteca, en la que su tipicidad radica en el hecho, no sólo

lo de ser ejecutivo el mismo título acompañado de una certificación del Registro, comprensiva de la inscripción de la hipoteca que lo garantiza, sino también de que el crédito se entiende transmitido sin requisito alguno hipotecario por la transmisión del título operada en cualquier forma legal"(12).

Este destacado hipotecarista, algunos años después ha precisado: "A primera vista, esta solución jurisprudencial (de admisión de la figura) parece acertada y progresista, pero si ahondamos en sus consecuencias ya no produce esa impresión, sino que se llega a la conclusión de que estamos ante un negocio jurídico contrario a la ley, si bien debería ser regulado con urgencia por el legislador, el cual ha quedado desfasado respecto a la realidad cuando a las letras de cambio se refiere"

"El artículo 154 de la Ley Hipotecaria está concebido y desarrollado pensado sólo en la emisión de obligaciones garantizada con la hipoteca. La letra de cambio es otro título valor, en un sentido genérico, con formas de transmisión muy similares a aquel. Pero con ello cesa toda analogía entre ambos. Mientras la obligación es un título de crédito, la letra de cambio lo es de giro o tráfico (hoy, de hecho, esto no es absolutamente cierto, pero habrá de cambiarse la

legislación). En aquella, la causa está insita en el negocio de emisión y suscripción; en la cambial, siendo generamente abstracta, es causal y hay que probar ésta, cuando sólo han intervenido librador y librado (doctrina jurisprudencial). En los casos de robo, hurto o extravío de las obligaciones, se requiere un largo procedimiento para que el Juez o Tribunal llegue a ordenar la expedición de un duplicado (562 C de C y anteriores y posteriores). En las cambiales, el librador no podrá negar al tomador la expedición de segundas y terceras, y cuantas necesiten y les pidan de un mismo tenor, con ciertos requisitos, y los mismo ocurrirá por parte de un tenedor de ella respecto al tomador (art. 448 y 449 del C de C). A todas esas diferencias sustanciales hemos de añadir que, en las cambiales, pero no en los títulos de crédito, es posible la letra de resaca, de tan peculiares efectos y características. Vemos así que toda la temática procesal de la ejecución en las obligaciones garantizadas con hipoteca está en armonía con el artículo 155 L.H. En tanto que las cambiales también garantizadas con hipoteca, nos resultarían problemas insolubles al darse alguna de las situaciones antes apuntadas"(13).

De Angel Yagüez escribe: "... lo primero que cabe destacar es que la configuración y regulación legal

de las "hipotecas constituídas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador", tal y como se encuentran en nuestra Ley Hipotecaria, parecen referirse a todos menos a la hipoteca cambiaria"

"En efecto, el régimen de los artículos 154 a 156 está orientado a la hipoteca en garantía de títulos- valores, sí, pero de títulos de serie o masa, y señaladamente de obligaciones a la orden, producto de una emisión. Nada de lo establecido sobre la constitución de la hipoteca, la cesión del derecho o la cancelación de aquella, nos recuerda a la peculiar forma de girarse, circular y perder su eficacia una letra de cambio".

"Sin embargo, la amplitud del término "Títulos transmisibles por endoso", y el nada despreciable argumento que brinda el artículo 7º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y PSD, inducen a la conclusión de que la hipoteca cambiaria tiene carta de naturaleza en nuestro ordenamiento" (14).

La doctrina que ultimamente se ha ocupado del tema no hace otra cosa que reiterar lo razonado por los autores anteriores en torno a la admisibilidad de la figura, abundando en su interés práctico.(15)

En síntesis, estos son los argumentos, en pro y

en contra, del reconocimiento explícito de la hipoteca de garantía de letras de cambio en nuestro ordenamiento jurídico:

SE NIEGA con base en las siguientes consideraciones:

- a) Que la regulación introducida por las leyes de 1869 y 1909, recogida en los artículos 150 y 154 de la vigente Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, se refiere a las hipotecas constituídas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador, cosa distinta de las cambiales.
- b) Que los temores manifestados por los legisladores de 1861 palpitan en aquellos preceptos, ya que en la práctica vienen a ser exclusivas ante la exigencia de que los títulos sean talonarios, exigencia ampliada por el reglamento a la doble matriz, que no puede estimarse ser ignorada por el legislador que le mantiene a través de las varias modificaciones que la Ley Hipotecaria a sufrido.
- c) Que la Dirección General, en las resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939, apoya este criterio, al señalar las profundas diferencias existentes entre las citadas clases de hipotecas, que no pueden ser borradas por la particularidad de que ambas (figuras) clases de efectos se transmitan por

endoso.

d) Que el hecho de que la LHM y PSD admitan en su artículo 7 este tipo de gravamen no autoriza a extenderlo al campo inmobiliario, pues si bien la citada Ley considera a la Ley Hipotecaria de aplicación subsidiaria a la misma, no ocurre igual a la inversa, pues supondría prescindir de la trascendental diferencia existente entre la ley general y especial, y que, a mayor abundamiento, la citada ley especial se remite a la general en caso de insuficiencia de los preceptos y en cuanto sea compatible con la naturaleza de los bienes muebles y lo prevenido en su regulación específica.

SE ADMITE sobre estas otras observaciones:

a) Que es evidente su aceptación expresa no sólo por el artículo 7 de la LHM y PSD sino también en el artículo 150 y párrafo primero del 154 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, dentro de cuyo ámbito quede integrada, como una subespecie o modalidad singular, la hipoteca que la doctrina llama cambiaria.

b) Que lo que ocurre es que al regular las condiciones de dicha hipoteca en el párrafo 2º del mismo artículo 154 y en el 247 del Reglamento, el legislador contemple visiblemente los préstamos formalizados mediante

la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos-valores, razón por la cual habla de la serie o series a que corresponden las mismas y que los títulos han de ser talonarios o con doble matriz.

c) Que esto no quiere decir que rechace o prohíba la hipoteca en garantía de título a la orden, de características diferentes y consideradas de forma singular como la letra de cambio, que es el más generalizado y perfecto de los títulos de dicha clase.

d) Que sólo es preciso para ello adecuar la citada hipoteca a las peculiaridades de este título-valor, para lo cual han de consignarse en la escritura los requisitos necesarios para que queden claramente determinados los elementos de la relación jurídica constitutiva del derecho real de hipoteca, a la cual le serían aplicables los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria, con las particulares adaptaciones que olvidó la Ley.

e) Que salvo la circunstancia de que los títulos sean talonarios y con doble matriz, todas las demás condiciones exigidas por los preceptos aludidos son aplicables a la hipoteca cambiaria.

f) Que la hipoteca cambiaria está plenamente admitida por la doctrina y la práctica mercantil española, y se

halla extendida en todas las regiones, especialmente en las industriales.

g) Los juristas practicos, cuales son los notarios, en misión similar a la doctrina y a la jurisprudencia, procuran en su labor de artesanos del Derecho que lo moralmente lícito y conveniente sea legal, y por ello autorizan actos y contratos buscando, al amparo de normas legales y en atención a las exigencias del tráfico mercantil, facilitar este tipo de hipotecas, que supone un gran beneficio general.

Notas

- (1) Jerónimo González: Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, 1948, II p. 104.
- (2) Mariano Ribó: "Los títulos valores y su garantía hipotecaria" RCDI-nº 23-Nov.1926, p.787 y ss.
- (3) Dapena: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito" RCOI T-VIII año 1932, pp.925 y ss.
- (4) CIMIANO: "Breves consideraciones acerca de la reciente e importantísima reforma de la Ley Hipotecaria" RCDI-nº 200-Enero 1945 p. 25.
- (5) Pérez Jofre: "Letra de cambio e hipoteca". "Nuestra Revista". 1 Julio 1947 y RDN nº9-10 pp.476,477,481 y 482.
- (6) Vallet de Goytisolo: RDP nº 435 Junio-1953 pp.538 y 539.
- (7) Guimerá: R.J.C. 1954 p. 139 y ss.: "La hipoteca de máximo en garantía del pago de la letra de cambio"
- (8) J. Sapena. RDM 1956, pp. 249, 252 y 253.
- (9) Roca Sastre: "Variaciones sobre la hipoteca cambiaria" Estudios jurídicos varios Vol. 1. Centenario de la Ley del Notariado. Madrid 1964. pp.245 y 246.
- (10) Eugenio Fernández Cabaleiro: RCDI nº 501 p. 326 Abril 1974

- (11) Ponencias y Comunicaciones al II Congreso Internacional de Derecho Registral. Centro de Estudios Hipotecarios. Tomo 1. Madrid 1975, pp. 575 y ss.
- (12) Camy Sánchez Cañete: Comentarios a la legislación hipotecaria, Vol. IV, p.571. 1975.
- (13) RDP Enero 1979 p. 103
- (14) De Angel Yagüez: "La Hipoteca Cambiaria de constitución unilateral" RCDI nº531 Marzo-Abril de 1979, p.347 y ss.
- (15) González Laguna: (RCDI nº 533) "La Hipoteca Cambiaria" RCDI nº 533 Julio-Agosto 1979, p. 869 y ss. Manzano Solano: RCDI nº 546 Sept. Octubre de 1981, p.1193 y ss. Leopoldo Stampa "La Hipoteca Cambiaria y la jurisprudencia de la DGR y N" RCDI nº 546 Sept. Oct. 1981 p. 1133 y ss. En el mismo número de esa Revista: Manzano Solano "la identificación de las cambiales y otras cuestiones sobre la hipoteca en garantía de letra de cambio" p. 1193 y ss.

CAPITULO II

CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA

CAMBIARIA EN NUESTRA DOCTRINA

Se cuestionaba . Jerónimo González: "Cuando en la actualidad se garantiza una letra con hipoteca ¿qué - hacemos? ¿Garantizamos un crédito incorporado al papel, transmisible con arreglo a las normas del Derecho Mercantil y separado en cierto modo de la hipoteca que sigue viviendo su vida en los libros del Registro? ¿O cristalizamos el derecho real en un soporte material y lo hacemos circular por el complicado laberinto mercantil sin cordón umbilical que lo una al Registro? ¿Es un título garantizado por una hipoteca de seguridad o es una cédula hipotecaria endosable? En el primero de estos tipos la deuda (sigue) se rige por el Derecho Mercantil y repercute en el hipotecario; en el segundo, los principios de Derecho Inmobiliario absorben el total contenido mercantil" (1)

La Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario hacía constar: "Después de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1909, los tipos ideados podrían agruparse bajo dos rúbricas:

1ª) Hipoteca propiamente dicha en garantía de una letra determinada que se describía con exactitud.

2ª) Hipoteca de "maximun" para responder de las gi

radas, endosadas, aceptadas o avaladas que figurasen en la cartera del Banco.

Pérez Jofre disgrega su reflexión en torno a tres supuestos distintos:

a) El aceptante garantiza el pago con hipoteca al tomador, o al endosatario de la letra ya creada.

En este caso "estamos frente a una hipoteca que difiere poco de la corriente; ni es de "maximum", ni de deuda futura, sino de deuda contraída, con el vencimiento de la letra, que es su representación cambiaria y con las acciones solidarias que se derivan de tal instrumento de crédito por ministerio de la ley; por lo cual no es preciso establecer la solidaridad en la escritura; y circunscrita la "acción hipotecaria" a la persona cuyo favor se ha establecido, no a los endosatarios posteriores".

b) Hipoteca referente a letras giradas y aceptadas, pero no descontadas o negociadas, que se constituyen para garantizar el pago al que las adquiere con posterioridad en virtud del descuento o negociación.

Con esta hipoteca se trata de asignar a los endosatarios el pago de la letra, para que la adquieran con absoluta seguridad de pago. La obligación "frente al endosatario" -señala el autor- no ha nacido cuando se

constituye la hipoteca. Estamos, a los efectos hipotecarios, frente a una obligación futura. Tiene, dentro de este carácter general, de hipoteca en garantía de deuda futura, dos modalidades:

1) Puede convertirse en garantía de una letra determinada, para cuando se endose. En este caso, bastaría con reseñar la letra, sin fijar maximum ni tiempo de duración de la hipoteca, pues ya consta en la letra

2) En garantía de una letra y de las demás que puedan sustituirla, hasta un límite de cuantía y tiempo que se fije. En esta hipoteca será preciso fijar bien las características de las nuevas letras, para que no haya dificultades de identificación. Hay que determinar, pues, un maximum de cuantía y tiempo por que se constituye la hipoteca.

c) Hipoteca en garantía de obligaciones absolutamente futuras, derivadas de letras aún no creadas.

El diagnóstico del autor es, en este caso: "Como la letra no ha nacido, es una hipoteca sin ningún contenido obligacional, es decir, en garantía de deuda absolutamente futura" (4)

Roca Sastre manifestaba: "... la hipoteca constituída en favor de una letra de cambio garantiza la efectividad de las obligaciones estrictamente cambiarias

en favor de quien sea tenedor legítimo de la letra"(5) En otro lugar ha destacado: "la hipoteca es un derecho real que puede constituirse en garantía del pago, total o parcial, del crédito derivado de letras de cambio..."(5)^X. Para él la h.c. debe encuadrarse dentro de la categoría de hipotecas de seguridad como hipoteca en garantía de títulos-valores. Así, "lo que caracteriza estas hipotecas, no es que se constituyan en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, sino en ser precisamente hipotecas en garantía de títulos-valores, siendo indiferente en principio que éstos títulos sean nominativos, a la orden o al portador". Esto demuestra, a su juicio, que se puede proceder "sin necesidad invencible de tener que acudir a la ortopedia de la hipoteca de máximo, como si esta fuera una especie de cojín de sastre para los casos especialísimos". Y refiriéndose a la postura dubitativa adoptada por D. Jerónimo González, apestilla "Si bien lo graves inconvenientes que él vé en este tipo de hipoteca pueden resolverse sin dificultad, simplemente debido a la inconveniencia de constituir la misma una verdadera "hipoteca de seguridad". Para concluir: "Toda hipoteca propiamente cambiaria es por naturaleza y esencialmente una hipoteca de seguridad" (6).

Guimerá Peraza, siguiendo la línea marcada con an-

terioridad por Pérez Jofre, escribe: "La hipoteca puede garantizar el pago de letras de cambio aún no creadas, en cuyo supuesto estamos frente a un caso de hipoteca en garantía de obligaciones futuras; como puede también asegurar el pago de una letra preexistente, en cuyo caso estamos ante una hipoteca ordinaria o corriente; como asimismo puede constituirse en garantía del pago de esa determinada letra y de todas aquellas otras que puedan sustituirla por medio de sucesivas renovaciones, en cuyo supuesto se trata no sólo de hipoteca en garantía de obligaciones futuras por lo que hace a las letras que sustituyan a la ya creada, sino que, por lo que hace a las mismas, habrá de constituirse la hipoteca con la modalidad de máximo, al menos en cuanto a su cuantía" Sentado esto, centra su estudio en las "hipotecas de máximo en garantía del pago de letras de cambio", entendiendo por tales, "las que se constituyen en garantía de operaciones mercantiles, de ordinario bancarias, representadas por letras de cambio en las que el hipotecante o un tercero -puesto que cabe la figura del fiador real- aparece como librador, aceptante, tomador, endosante, avalista, o de cualquier manera obligado al pago de la cambial, sea directamente o en vía de regreso".

Joaquín Sapena puntualiza: "Ciertamente no se trata de una hipoteca normal, pues de los tres requisitos

que se precisan para merecer tal calificativo le falta uno: la determinación del titular. Pero no por ello creo que deba ser remitida al campo vario y extenso de la hipoteca de seguridad, sino que dentro de él es posible un deslinde que le perfile como algo asequible en su especialidad" (7). Para más adelante perfilar: "forzosamente hemos de calificar a la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad. Pues si bien consta el crédito en el Registro le falta un lado para cerrar el polígono de su determinación: el titular. Y que ésta sea únicamente la línea discorde con el modelo de la hipoteca normal, que el crédito esté reflejado exactamente en el Registro con la sola excepción de la persona de su titular, es precisamente lo que le confiere un especialísimo caris dentro de la hipoteca de seguridad. Incluso en la especie a que pertenece -hipoteca en garantía de títulos valores- se diferencia por no tener otra indeterminación que la del titular, separándose de la regulada por la ley porque la cambiaria contempla el título aislado y ésta la masa de ellos, aquella el título existente y ésta su emisión, que puede ser futura"(8). Acto seguido resuelve el dilema propuesto por Jerónimo González. "Cabe la duda de si con esta hipoteca se garantiza un título transmisible conforme a las reglas del Derecho Mercantil o se cristaliza el derecho real en un soporte material creando

una verdadera cédula hipotecaria transmisible. Estimo más acertado lo primero: la letra de cambio continúa con su misma naturaleza de título-valor mercantil antes y después de constituir la hipoteca en su garantía y por su propio derecho se rige; la hipoteca es accesorio de la letra y no la letra representación de la hipoteca".

Y añade: "También es dudoso si puede considerarse a esta hipoteca como un derecho subjetivamente real. La garantía no se establece para la letra, aunque por ella se constituya, sino para el crédito de su titular; el provecho no es para la letra, lo es para sus firmantes en cuanto refuerza la garantía facilitando su vida, y para el titular al asegurar su crédito. La situación es distinta que en las servidumbres prediales, ejemplo clásico de los derechos subjetivamente reales, pues en ellas, aunque el derecho sea usado por el dueño del predio dominante y a éste económicamente beneficie, se constituye para la finca. Pero, como en definitiva, el titular de la servidumbre será el dueño de ésta finca, y el de la hipoteca será el tenedor legítimo de la letra, en este sentido (la titularidad de la "cosa", el derecho de propiedad o el de crédito, lleva anejo la del derecho real), como un derecho subjetivamente real podemos considerar al que se estudia"(9)

Sanahuja Tomás defiende una concepción de esta hipoteca como una afección hipotecaria que, de por sí, no constituye un derecho real. Porque (según él) "la hipoteca no está limitada exclusivamente a constituir una garantía de un crédito dinerario, para transformarlo en derecho real, sino que su función es mucho más amplia y esta matización de considerarla como una afección y no como un derecho real, no es caprichoso ni intrascendente, ya que le proporciona una fluidez, una objetividad de aplicación en una gama de situaciones jurídicas, que la hacen adoptable, además, como mero signo cautelar de seguridad y publicidad en obligaciones de ética personal, como son las de representabilidad y administración, cual las que ejercen los tutores, insufructuarios, administradores... como asimismo las hipotecas legales, en sentido general, en garantía de dotes, del derecho de los renovatarios y una serie interminable de casos, en los que esta afección hipotecaria, no constituye un derecho real, por no estar en el momento de configurarla concretada la responsabilidad ni el acreedor, por no ser conocido, ni quizás se llegue a conocer, si se cumple la gestión o la condición para cuyo fin se ha impuesto la afección hipotecaria, que solamente es de seguridad a un fin determinado, hasta un límite máximo de responsabi-

lidad que formal y legalmente debe fijarse"

"Eso sí, la afección hipotecaria, al revés del derecho real, no es transmisible, ni negociable, ni puede proponerse a otro derecho, sino que debe mantenerse inmutable e impávido sobre la finca a los efectos de ofrecer seguridad, hasta el cumplimiento de la obligación por la que se ha impuesto, ya que carece de titularidad y personalidad legal, para poder efectuar actos de dominio".

Aplicando este criterio a la hipoteca cambiaria resultará que "esta hipoteca es en seguridad de unos créditos obligacionales, cuya garantía específica la constituye la letra de cambio, con legislación propia y sus peculiaridades negociadoras y su titularidad, dado su carácter endosable, es imprecisa; por lo que la hipoteca tiene una función meramente cautelar, que proporciona a dichas letras seguridad de su solvencia de la que están tan necesitados y les infunde una garantía en su desarrollo crediticio (...) Y la hipoteca cambiaria estaría sujeta a una condición suspensiva, pendiente del buen fin de la obligación, pero proporcionaría seguridad a los negocios..."(10).

González Laguna sostiene que la hipoteca cambiaria es la establecida en garantía del pago cambiario de

una o varias letras ya emitidas o que se emiten en el acto de constitución de la hipoteca. Y hace defender su naturaleza jurídica de la nota extendida por el Registrador en la letra de cambio expresiva de esta garantizada con hipoteca. De tal manera que "cuando la letra tiene nota extendida por el Registrador ello significa que por haber recaído sobre la misma la actividad calificadora, la fe pública registral se extiende a la misma, mientras que en caso contrario la fe pública sólo cubrirá a la hipoteca y no al título, surgiendo en tal supuesto una hipoteca de seguridad" Así, en el primer caso "sería una hipoteca ordinaria, en la que únicamente existiría la especialidad de que el titular no estaría registralmente determinado por sus nombres y apellidos, sino por la titularidad cambiaria. En el segundo caso sería una hipoteca de seguridad y, por tanto, habría de acudir a medios extrahipotecarios para demostrar la existencia, titularidad y cuantía del crédito, al que no se extendería la fe pública, y que únicamente podría ser ejecutado en procedimiento declarativo o ejecutivo cambiario" (11).

Para Angel Yagüez constituye una forma de hipoteca de seguridad (12). Fernández Cabaleiro descubre en la h.c. una figura integrada en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, dentro de la hipoteca en garantía

de títulos transmisibles por endoso.(13) Tirso Carretero, por su parte, matiza: "La hipoteca cambiaria no es de seguridad en el sentido de la hipoteca de máximo, pero sí lo es en el sentido de la hipoteca en garantía de títulos al portador"(14)

L. Stampa, partiendo del planteamiento dual lanzado pro D. Jerónimo González: ¿Es una hipoteca de seguridad o una cédula hipotecaria endosable? responde: "Ni lo uno ni lo otro. Porque no es dable ignorar la hipoteca examinando el negocio jurídico desde el punto de vista de la letra, ni tampoco contemplar la hipoteca sin tener en cuenta la peculiaridad del crédito hipotecario" Y más adelante afirma "En definitiva, el problema que entraña la hipoteca cambiaria es el mismo del de toda hipoteca de seguridad: la aplicación de un procedimiento que supla, con claridad y certeza, la falta de los datos necesarios para la exigencia de la hipoteca que no están amparados por la fe pública ni por la legitimación registral, por no constar inscritos en los libros del Registro. El problema se plantea porque al regular, el artículo 154, la hipoteca de títulos endosables exige una serie de requisitos que evidentemente no son aplicables a la letra de cambio"(15).

Notas

- (1) RCDI de 1941 pp. 777 y 778.
- (2) RCDI 1941, p. 777 y 778
- (3) Op. Cit. p. 789 y 790.
- (4) Op. Cit. pp. 89, 90 y 91.
- (5) Derecho Hipotecario T-IV-2 p. 768
- (5) Id. p. 249 Son aquellos que se constituyen en garantía de créditos cuyo acreedor o titular se determina por la tenencia del título (al portador) o por una clausula de endoso que legitime para el ejercicio del crédito hipotecario a su vencimiento.
- (6) "Variaciones sobre la h. c. " ya citado.
- (7) Op. cit. p. 252.
- (8) Op. cit. p.255.
- (9) Op. cit. p. 256.
- (10) Op. cit. p. 150 y 151.
- (11) Op. cit. p. 883 y 884
- (12) Op. cit. p. 370.

(13) Op. cit. p. 338.

(14) RCDI nº 540 Sept-Oct. 1980 p. 1173 nota (2) En el mismo sentido, respecto a hipoteca en garantía de título al portador, Blas Pérez: "También es hipoteca de seguridad, aunque con distinto sentido de las hipotecas de máximo, ya que la indeterminación no se refiere al crédito sino al acreedor, la hipoteca en garantía de títulos al portador, que regula los artículos 154, 155 y 156" Op. cit. p. 337 y 338.

(15) Op. cit. p. 1137 y 1139.

T I T U L O I V

DOCTRINA DE LA DIRECCION GENERAL DE
LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
ADMISION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

La doctrina de los autores sostiene que la DGRN ha venido oponiéndose secularmente a la hipoteca cambiaria hasta el giro consagrado en la resolución de 26 de octubre de 1973. En este título nos proponemos contrastar la veracidad de este criterio al filo de aquéllas resoluciones que versaron sobre hipotecas implicadas con letras de cambio.

Resolución de 23 de Junio de 1888

A y B vendieron a C un solar y, como parte del precio quedará aplazado, el comprador entregó a los vendores cuatro pagarés, dos a la orden de A y los otros a la de B. A su pago fué hipotecado el solar vendido. B, como tenedor de los cuatro pagarés dos de ellos por endoso de A, una vez satisfecho el precio aplazado, - otorgó escritura pública dando por extinguida la obligación que aquellos representaban y consintiendo en la cancelación de la hipoteca. El registrador denegó la cancelación por no estar otorgada por las personas a - cuyo favor aparecía inscrita la hipoteca, sin cuyo consentimiento no podría ser cancelada, conforme al artículo 82 de la ley; no siendo, por otra parte, los pagarés a que el documento se refería los títulos transmisibles por endoso de que hablan los artículos 153 y 82 de la ley hipotecaria. La DGRN confirmó el auto apelado y revocó la nota denegatoria.

Considerando (1º) que los documentos llamados la - orden son transmisibles por endoso, y es indudable - que los cuatro pagarés entregados por C a los vendedores eran documentos de ese género.

Considerando (2º) que la transmisión de los crédi-tos endosables no requiere la intervención activa ni - pasiva del deudor, bastando para la cesión de ellos el simple endoso firmado por el acreedor o por persona legítimamente autorizada por él.

Considerando (3º) que por concurrir todas esas - circunstancias en el endoso hecho por A en favor B, adquirió éste la propiedad de los dos pagarés extendidos a la orden del primero.

Considerando (4º) que constituida la hipoteca de - cuya cancelación se trata en garantía de esos pagarés, o sea, de obligaciones transferibles por endoso el - precepto aplicable al caso es el del párrafo cuarto - del artículo 153 de la ley, según el que, el derecho - hipotecario se entiende transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar conocimiento al deudor ni de hacer constar la transferencia en el registro.

Considerando (5º) que si por todas estas razones - es innegable el perfecto derecho de dominio que asiste a B sobre los pagarés en cuestión, hay que reconocer su plena capacidad para consentir en la cancelación de la hipoteca, en que es único interesado.

Conclusión

Puede considerarse esta resolución como la primera y no contradicha palabra de la DGRN sobre el mecanismo jurídico propio de la hipoteca cambiaria. Que - se tratara de pagarés endosables y no de letras de cambio no compromete esta afirmación. El Código de Comercio, a la sazón recién promulgado, establecía

en su artículo 533: "Los endosos de las libranzas y pagarés a la orden deberán extenderse con la misma expresión que los de las letras de cambio". Es, por tanto, una resolución que sanciona los presupuestos operativos de la hipoteca cambiaria.

No deja de ser significativo que una resolución de 1888, cuando todavía no se había dictado el actual artículo 154, proveniente de la ley de reforma de 1909, no encontrará obstáculo alguno para un pronunciamiento claramente favorable a la hipoteca cambiaria. Este hecho es un índice de las perturbaciones dimanantes de interpretaciones farisaicas ("adlitteram") del artículo 154 con relación al tema de la hipoteca cambiaria.

Resolución de 21 de Marzo de 1917

A y B vendían a C varios objetos para la fabricación de borras, tintes y papel de fumar, confesando haber recibido el precio. C arrendó a la Sociedad X, de la que eran Gerentes A y B, los mismos bienes compensados. A, B y un tercero se obligaban a responder solidariamente a C del pago: a) De todas las letras de cambio a favor de C, firmadas por la Sociedad X, como girador o librador, aceptante o endosan-

te; b) de todas las cantidades que como saldo en contra de esta Sociedad y a favor de C resulten de los libros de contabilidad de este último. En garantía de las indicadas obligaciones y de otro crédito, con las costas, gastos, daños y perjuicios, hipotecaron varias fincas y derechos, distribuyendo entre ellas la responsabilidad. La DGRN declaró no hallarse la escritura extendida con arreglo a las prescripciones legales.

Considerando (1º) que para resolver las cuestiones propuestas es necesario distinguir las hipotecas ordinarias que sujetan directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de obligaciones determinadas, no sólo de las constituidas en garantía de cuentas corrientes de créditos a que se refieren los artículos 153 de la ley Hipotecaria y 205 de su Reglamento, sino de aquellas otras que en la práctica se incluyen dentro de los tipos diversos de hipotecas de maximum garantía, seguridad o fianza.

Considerando (2º) que en estos últimos casos, análogos en cierta manera a la fianza hipotecaria admitida por los artículos 212 y 127 de la ley, entre otros, no se determina el valor de las obligaciones por el maximum que aparezca en la inscripción correspondiente, sino en el tiempo y forma congruentes, con

- las reservas y manifestaciones de los contratantes; se niega al acreedor facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende, y se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hayan hecho concurrir en el Registro.

Considerando (3º) que por este motivo el valor garantizado en general y dentro de los propios límites por la hipoteca de maximum, no presenta los caracteres específicos del que señala de base al derecho real de hipoteca en los casos ordinarios, Auto en lo referente a su determinación, que puede sujetarse a fórmulas sencillas o a reglas complicadas y hasta desconocidas para los terceros, como en lo que toca a su cesión, que es independiente de la garantía hipotecaria y se realiza al amparo del derecho común.

Considerando (5º) que en la escritura objeto de recurso se han confundido estas esenciales características, porque después de garantizar, dentro del tope fijado, las letras de cambio a favor de C, firmadas por la Sociedad X, y todas las cantidades que como saldo resaltan a favor de la primera y contra

la última, uniendo así la hipoteca de maximum con otro de cuentas de contenido indeterminado, se fija como pacto especial el de ejecución figurativa y se declaran documentos bastantes a tales efectos, no sólo el saldo que aparezca en los libros de contabilidad de la acreedora, sino las letras vencidas y no satisfechas, aunque no se hayan cumplido los preceptos exigidos por los artículos 1429 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil, y estén o no en poder de la misma, y hayan o no provocado asientos en la cuenta corriente respectiva, con lo cual se multiplican en forma inadmisibles los títulos que llevan aparejada ejecución y restringen a precarios límites si no se anula de modo definitivo, la defensa y excepciones oponibles del deudor a tercer proveedor.

Considerando (7º) que si el derecho real de hipoteca se hubiera constituido en debida forma, aparece determinado con arreglo a las exigencias del caso el grupo de obligaciones aseguradas y cumplido el artículo 25 de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1984 en forma compatible con el carácter de la hipoteca de seguridad, mientras que las circunstancias a que se refiere el 34 del mismo texto constarían expresamente en la escritura y perjudicarían a terceros en los términos legales".

Comentario

Las razones que mueven a la DGRN a confirmar la nota denegatoria del registrador es fundamentalmente la escritura la cantidad máxima de que responden las fincas hipotecadas, el hecho de no limitarse la acción hipotecaria a la cantidad asegurada, efectivamente distribuida entre las fincas. Semejante pacto de venta extrajudicial de los bienes hipotecados sobre la base de unos extractos de cuentas, a los que no tiene que prestar su conformidad el deudor, o con la presentación de las letras de cambio vencidas y no satisfechas, estén o no en poder del acreedor C, produce una situación de indefensión del deudor o del tercer proveedor de la finca al tiempo que se vulneran las exigencias del caso, permitiéndose hacer valer el derecho de hipoteca, en cuanto garantiza letras de cambio, con independencia de la tenencia de éstas. Aunque esto último no debería formularse como obstáculo por la DGRN, habida cuenta de constituirse la hipoteca en garantía no de cualquier letra sino de las libradas a favor de Don C y sentar el Considerando 3º, respecto a hipoteca de máximo, ser independiente la cesión del crédito que se realiza por derecho común, de la garantía hipotecaria.

Se trataba, por tanto, de una hipoteca de maximum parcialmente cambiaria y defectuosamente constituída. La DGRN no rehusó la hipoteca cambiaria como figura jurídica, ni siquiera mencionó en el "VISTOS" el artículo 154 de la ley de 1909 ni el 183 del Reglamento de 1915. Ante una hipoteca hermafrodita de cambiales y saldos contables se limitó a destacar el carácter de maximum que forzosamente habría de tener la del caso, la miscelánea de conceptos ("... uniendo así la hipoteca de maximum con otro de cuentas de contenido indeterminado") y de títulos ejecutivos, sin una delimitación precisa que asista la precariedad defensiva del deudor a tercer poseedor.

Que la DGRN no se opuso en esta ocasión a la hipoteca cambiaria es patente. El propio considerando séptimo lo explicita cuando, con la cita de la Instrucción de 1874 sobre la manera de redactar instrumentos públicos, amonesta: "... Si el derecho real de hipoteca se hubiera constituído en debida forma ...". Recusación al funcionario autorizante del documento. De ningún modo oposición a la hipoteca cambiaria.

Conclusión

El fundamento del fallo de la presente resolución

es el siguiente: Garantizando la hipoteca unas letras de cambio y unos saldos credituales inciertos, debe constituirse en la modalidad de máximo, con los requisitos y garantías de certidumbre para la ejecución y cancelación propios de esta forma de constitución. No acomodándose la escritura a estos esquemas, hubo de rechazarse su inscripción.

Resolución de 10 de Noviembre de 1925

Se trató de una hipoteca otorgada por un librador un librado-aceptante y un endosatorio en el momento de ir a renovar once letras por un valor total de 300.000,- pesetas.

Considerando (2º) que si es verdad, como con precisión pone en evidencia el auto apelado, que entre la letra de cambio y las obligaciones endosables a que se refiere el párrafo segundo del artículo 154, existen profundas diferencias que no pueden ser borradas por la particularidad de que ambas clases de efectos se transmitan mediante endoso, también lo es la hipoteca constituída en el instrumento público objeto de este recurso, en opinión del Notario recurrente, y esto acredita una diferencia de criterio fundamental, no se presenta como una hipoteca co-

rriente u ordinaria, porque garantiza un pago que ha de percibir una persona cuyo nombre se ignora: no se transmite con el título, ni sin él; vive, en cierto modo, independiente del crédito asegurado, y no ha de tener en el Registro otra concrección que la de responder de un número indefinido de créditos entre personas ciertas y por un maximum determinado.

Considerando (3º) que como la hipoteca en cuestión asegura el pago de las letras de cambio a los respectivos tenedores, más bien que las relaciones jurídicas que nacen del endoso extendido por A a favor de B según se desprende de las repetidas afirmaciones hechas por los otorgantes, y como en la escritura cada cambial conserva su sustantividad e implica un crédito independiente a los efectos hipotecarios, se halla fundada la opinión del Registrador sobre la presunta transmisibilidad de aquel derecho real, en apariencia incorporado a los mismos títulos, ya que normalmente la hipoteca va unida, al crédito asegurado, y las acciones correspondientes al endosatario de una letra, en orden al pago de la misma, se entienden transmitidas por su endoso y entrega a los futuros tenedores;

Considerando (4º) que, admitidas en nuestro Derecho las hipotecas para afianzar el ejercicio de un

cargo, garantizar obligaciones futuras, estar a las resultas de una gestión o responder de un saldo de cuentas, no habría inconvenientes de inscribir una hipoteca de maximum, en garantía de los créditos que a B pudieran corresponder por razón del impago de las letras de cambio endosadas a su nombre contra A; pero existiendo en nuestra legislación preceptos especiales para la hipoteca en garantía de títulos endosables, algunos de los cuales son de aplicación ineludible en beneficio de los adquirientes futuros es necesario, cuando en las escrituras se trate de formalizar una caución a favor de persona determinada, y no de constituir un derecho real de contenido concreto, que se fijen con sencilles y claridad las características hipotecarias, a fin de que no se vean defraudados en sus legítimas esperanzas cuantos terceros, confiados en las declaraciones del Registro de la Propiedad, adquieren títulos sólo provistos de garantías indirectas;

Considerando (5º) que el artículo 144, a cuyo tenor "todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra terceros como no se haga constar en el Registro", presupone la existencia de un crédito transmisible,

previamente determinado, que existe, a los efectos reales, con independencia de las relaciones jurídicas de carácter personal, entre acreedor y deudor, y, en su virtud, dicho artículo tan solo constituye un obstáculo a la inscripción de la escritura objeto de este recurso, en cuanto se niegue que ésta tenga por finalidad específica afianzar las resultas de una serie de giros y renovaciones a favor del endosatario de las letras de cambio, B, y se admita que confiere a los futuros tenedores de las mismas acción directa sobre los inmuebles hipotecados;

Esta Dirección general ha acordado declarar, con renovación del auto apelado, que la escritura en cuestión no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales."

Comentario

Es el cuarto el considerando que creemos clave en la presente resolución. El contiene el motivo de fondo de la revocación del auto y confirmación de la nota del registrador. Los considerandos segundo y tercero sintetizan respectivamente las posturas del Notario (hipoteca ordinaria de máximo constituido específicamente a favor de B) y del Registrador (hipote-

ca en garantía de letras de cambio requerida del cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art. 154). El considerando quinto es un desarrollo conjetural del anterior. ("en cuanto se niegue...")

La "ratio decidendi" del recurso no brota de todo el considerando cuarto, sino de su segunda parte. En la primera, admite a trámite la hipótesis de una hipoteca de maximum en garantía de los créditos que al B pudieran corresponder por el impago de las letras de cambio endosadas a su nombre contra A. Sin embargo, la cantidad efectivamente garantizada con la hipoteca es coincidente con el máximo fijado. Se trataba de un máximo no en el sentido de limite o tope de la responsabilidad hipotecaria, sino de la limitación de la cuantía en que ésta se cifraba. Del resultando resulta:

- b) "Los otorgantes se proponen renovar las referidas letras y las que por subsiguientes renovaciones las sustituyan y reemplacen, sin rebasar en ningún caso la cifra máxima de 300.000,- ni el tiempo máximo de diez años, que vencerán en 27 de Agosto de 1934, garantizando doña A el pago de las once letras primeras como de las que por re-

novación sucesiva las sustituyan y reemplacen, con la hipoteca de las dos fincas ya referidas a favor de don B, quien queda en libertad de endosar a cualquier persona las expresadas letras".

- c) "En garantía del pago puntual a los respectivos tenedores de las letras de cambio o cualquiera otras hasta la concurrencia máxima de 300.000,- pesetas, que tenga las características necesarias que se especifican en la escritura, la señora A constituye, como dueña de las fincas ya indicadas hipoteca especial y voluntaria en favor del otorgante Sr. B".

En el apartado b) se fija un maximum al crédito garantizado, no a la responsabilidad hipotecaria, por lo que sería un pacto puramente personal. En el apartado c) aparece algo más explícita las referencias del máximo a la hipoteca, con terminología confusa(.). Pero giradas las once primeras letras por cantidades determinadas en cada una de ellas, con vencimiento fijo y tomador conocido, no se dan las condiciones que según la misma DGRN(2) caracterizan a la hipoteca de máximo. Hay uno o varios créditos existentes (once primeras cambiales) y determinados en su importe y exigibilidad. Al tratarse de once

cambiales de vencimiento sucesivo por valor tope de 300.000 pesetas y de ser este mismo el máximo fijado, la cantidad de las mismas letras libradas en sucesivas renovaciones coincidirá normalmente con la consignada en las letras renovadas. ¿Donde estaría entonces la hipoteca de maximum?. Si la DGRN la ve en la extensión de la hipoteca a las letras renovadas en el caso quien pecaría de falta de claridad sería la resolución que, tras excluir la renovación cambiaria como cuestión indiferente al recurso en su considerando primero (1), formularía en el quinto considerando cábalas que la presuponen. El carácter hipotético de la afirmación contenida en la primera parte del considerando 4º nos impide sostener como fundamento del fallo la configuración de la hipoteca cambiaria como hipoteca de máximo.

"Pero -se dice en la segunda parte del mismo considerando- existiendo en nuestra legislación preceptos especiales para la hipoteca en garantía de títulos endosables, algunos de los cuales son de aplicación ineludible en beneficio de los adquirientes futuros...". Queda así planteada la cuestión en términos opcionales: ¿hipoteca de máximo o hipoteca acogida al art. 154?. La resolución, tras enunciar la posibilidad de hipoteca de máximo, se inclina por la

aplicación a la hipoteca discutida del regimen de los arts. 154 y 55. Procede así en méritos de especialidad normativa sin entrar a desentrañar el desenvolvimiento de la figura hipotecaria en sí. Aplicadas, sin más, los arts. 154 y 55 a la hipoteca que se propone, resultan una serie de deficiencias y contradicciones en la escritura con respecto a lo imperado -según la propia resolución- en tales artículos.

Ahora bien, ¿Qué reglas son esas que benefician a los futuros ~~titulares~~ endosatarios y que resultan infringidas por la escritura en que se otorga la hipoteca? La DGRN elude mencionarlas, pero se infieren de una lectura sublimilar de los considerandos. Ante todo la transmisión de la hipoteca con la letra de cambio, según dispone el artículo 150 para los títulos transmisibles por endoso. ¿Quiere decirse que no se admite la amortización de la hipoteca a la persona del tomador? Dice la resolución: "... es necesario cuando en las escrituras se trata de formalizar una concesión a favor de personas determinadas, y no de constituir una deuda real de contenido concreto, que se fijen con sencillez y claridad las características hipotecarias, a fin de que no se vean defraudados en sus legítimas esperanzas cuantos

terceros, confiados en las declaraciones del Registro de la Propiedad, adquieran títulos sólo provistos de garantías indirectas". La DRGN defiende así la imperatividad del art. 150 de la ley hipotecaria, siendo inderogable por estipulaciones de la escritura, y penaliza la constitución a favor de sólo el tomador con el calificativo de "caución", distinta del derecho real de hipoteca. La fórmula constitutiva a favor de B beneficia a los otorgantes, no a los terceros. Hablar de confianza de los terceros en el Registro implica, como criterio de DRGN, que toda hipoteca en garantía de letras de cambio se entiende constituida en favor de todo tenedor legítimo de la cambial, a menos que en el acta de inscripción figure alguna restricción o se constituya exclusivamente haciéndolo constar así, en favor del tomador. Para excluir a los endosatarios del círculo de beneficios de la hipoteca no es bastante la mera constitución de la hipoteca a nombre del tomador. Ha de figurar expresamente la intención de los otorgantes de constituir la en favor exclusivo del tomador.

Esto ha de ser así para que tenga fundamento la alusión de la resolución a la protección de la confianza de los terceros en los asientos registrales. Sería absurdo justificar la exigencia de claridad re-

gistrar en evitar el perjuicio de los terceros cuando la hipoteca no garantiza las letras (ni es, por tanto, cambiaria), ya que en tal caso a los terceros tenedores no les perjudica ninguna cláusula, clara u obscura, pues no adquieren derecho hipotecario alguno. La cuestión no es tanto si los terceros han de ser beneficiarios de la claridad cuanto si han de ser beneficiarios de la hipoteca. Como quiera que se designa un único beneficiario de ésta, pese a garantizarse unas cambiales en su renovación, se incurre en falta de claridad en torno al tipo de hipoteca que se constituye.

Así como la Res. se pronuncia claramente a favor de la imperatividad del art. 154, párrafo segundo "in fine" según se deduce de lo anterior, ningún indicio contiene acerca de si la nota en el título (art. 154 parte tercera) ha de computarse o no en la leva de prescripciones y solemnidades legales vulneradas. La disposición, no obstante, parece hallarse entre aquellas que son de aplicación ineludible en beneficio de los adquirentes futuros. Con la nota se despejarán inmediatamente y visiblemente, las posibles dudas de los tenedores acerca de la inclusión de la letra entre las garantizadas con hipoteca. Si cualquier tipo de beneficio a tercero justifica la imperatividad del precepto que lo articula, la regla

contenida en artículo 154, párrafo 3º sería imperativa. Ahora bien, la infracción de la norma no es constitutiva de un defecto de la escritura, dada la naturaleza extraescrituaria de la nota. Y la resolución refiere la falta de formalidades y solemnidades legales a la forma en que se halla extendida la escritura en cuestión.

Conclusión

La resolución de 10 de Noviembre de 1925 no rechaza la hipoteca cambiaria, sino la inscripción de la escritura, precisamente por no sujetarse a lo que, según la propia DGRN, deben ser disposiciones aplicables a aquella. Este es el verdadero fundamento del fallo: Confirmar la nota denegatoria del registrador justamente por tratarse de una hipoteca en garantía de letras de cambio a las que, por esta razón, debe aplicarse el régimen de los artículos 150, 154 y 55. Puesto en términos logísticos: Las hipotecas en garantía de letras de Cambio están sujetas a lo dispuesto en los arts. 150, 154 y 55; es así que estamos ante una hipoteca en garantía de letras de cambio; "ergo": la escritura en que se otorga la hipoteca debe cumplir las prescripciones del articulado.

Como diversas clausulas se apartan de éste, la inscripción debe denegarse.

Resolución de 28 de Febrero de 1933

Don A, dueño de la finca hipotecada, venía retirando mercancías para su establecimiento, de la casa comercial perteneciente a la Sociedad X, de la que había solicitado un crédito hasta la suma de 5.500,- pesetas; al retirar las mercancías, el precio de cada operación estaría representado por letras de cambio; para asegurar el cumplimiento de lo convenido don A, constituía hipoteca especial sobre su finca a favor de la compañía, respondiendo de las 5.500,- pesetas, y de 1.500 pesetas de crédito supletorio para costas gastos, daños y perjuicios; la cantidad cuyo pago se garantizaba se haría efectiva en la cuantía y en las fechas que se señalaban en la letra de cambio, cuyo protesto daría nacimiento al ejercicio de la acción hipotecaria por una cantidad igual a la de las letras protestadas, los intereses correspondientes y las costas y gastos que se causan dentro de los límites señalizados; que la duración del contrato sería indefinido, pudiendo resolverlo y darlo por terminado cualquiera de las dos partes, si bien

el Sr. A no podría exigir cancelación de la hipoteca en tanto se encontrasen pendientes de cumplimiento las obligaciones que contraía, para cuyo cobro podría utilizarse el procedimiento común u ordinario o el especial refutado por la Ley Hipotecaria.

La DRGN declaró hallarse extendida la escritura conforme a las prescripciones legales.

Considerando (1º), que sin entrar en las doctrinas que fundamentan las hipotecas de seguridad en la pre existencia de una deuda en embrión, potencialidad, concepción -"nasciturus"-, deuda preliminar o suposición de su existencia, es lo cierto que en este recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato, y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura del crédito está combinada con la cuenta corriente.

Considerando (2º) que cualificando el contenido de la escritura, difícilmente se podrán encontrar en ella las características de la cuenta corriente de crédito que aunque no sea un modo de contabilidad, si es en su ejercicio una deuda continuada e indivi-

sible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva; mientras que en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a una garantía de pago del precio individualizado en cada operación mercantil, conteniéndolo en letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria:

Considerando (3º) que aunque al constituirse una y otras hipotecas falta generalmente el debitum, estando in pendentibus mientras se contrae o no la relación obligatoria, en las de crédito simple, en las que, como en la contenida en la escritura, se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las segundas hasta cada saldo de la cuenta, porque durante la vida de ésta sus fluctuaciones se confunden en ella, sin que las remesas por medio de letras u otras formas de giro que pudieran existir produzcan otros efectos que el característico de su unión, sin influencia en su modalidad, condicionada al saldo en cuanto a la garantía hipotecaria.

Considerando (4º) que por lo que va dicho, la hipoteca constituida no puede estimarse comprendida en

el artículo 153 de la ley Hipotecaria, que regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en cuyo indudable supuesto se fundan los defectos de la nota impugnada, sino en el marco más amplio de los artículos 142 y 143 de la misma ley, en los cuales no se encuentra obstáculo alguno para la inscripción del documento de que se trata, aunque no fuese más que por aquel principio, reconocido expresamente por el artículo 1.861 del Código Civil, de que la hipoteca, como derecho real de naturaleza accesoria, puede constituirse para la seguridad del cumplimiento del cualquier especie de obligación permitida por las leyes:

Comentario

El recurso quedó planteado por el notario recurrente en estos términos: Si los contratantes podían convenir que las obligaciones contraídas por una de las partes fuesen pagadas a sus respectivos vencimientos, liquidadas individualmente y separadamente, cuando proviniendo de operaciones eventuales estaban posibilitadas por la concesión de un crédito y, por tanto, si les era permitido establecer una hipoteca en garantía de aquellas obligaciones, de tipo distinto al de cuanta corriente, o si, por el contrario,

habrían de pactar forzosamente que tales operaciones fuesen llevadas a una cuenta general, por la que saldase sin otra posible garantía que la susodicha cuenta corriente. Aunque la DGRN, en los considerandos segundo y tercero identifica el supuesto hecho como crédito simple, estableciendo sus diferencias con la cuenta corriente, no niega, para aquel, que las obligaciones garantizadas serían precisamente las letras de cambio. No suscribe así el criterio sustentado por el recurrente de que "no era una hipoteca en garantía de letras de cambio que representaban el precio de las mercaderías, aunque sirviesen de título, una vez protestadas, mediante la presentación de las actas correspondientes, para que se extendiesen en el Registro de la Propiedad las notas marginales".

Revoca, por otra parte, la nota del registrador denegando la inscripción por lo indefinido del plazo por no consignarse la forma de acreditar el importe de la deuda, y por contradecir el espíritu de la ley al permitir la ejecución de la hipoteca por el importe de cada obligación, aunque el mismo esté representado por letras de cambio. Esta calificación presupone una hipoteca en garantía de cuentas corrientes que la resolución no reconoce en el caso en cuestión

que era de crédito simple. Debían aplicarse, por tanto, los artículos 142 y 143 de la ley Hipotecaria y excluirse el 153.

La única referencia con visos de renuencia a la hipoteca cambiaria es la contenida en el considerando tercero "in fine": "... sin que las remesas por medio de letras u otras formas de giro que pudieran existir produzcan otros efectos que el característico de su unión, sin influencia en su modalidad, condicionada al saldo en cuanto a la garantía hipotecaria". Ocupándonos en otro lugar del tema de fondo que suscita esta proposición, bástenos, a los efectos que ahora nos proponemos, resaltar el valor puramente marginal de esta aseveración. Se formula para el caso de que se tratara de cuenta corriente. Pero en el caso del recurso se debatía un crédito simple, "en los que, como en la contenida en la escritura, se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas".

De los resultados no resulta del todo clara la intervención de los contratantes en cuanto a lo garantizado por la hipoteca: si el crédito simple o si las letras de cambio: "La cantidad cuyo pago se garantizaba se haría efectiva en la cuantía y en las fechas que se señalaban en las letras de cambio, cu-

yo protesto daría nacimiento al ejercicio de la acción hipotecaria por una cantidad igual al de la letra protestada". ¿Son las letras de cambio garantizadas directamente con la hipoteca o sólo son tenidas en consideración en cuanto representativas de las operaciones credituales?. La DRGN se inhíbe de este trascendental tema en concreto para abordarlo con perfiles de generalidad en el seno de la distinción entre el crédito simple y la cuenta corriente de crédito. De este modo la cuestión central -hipoteca en garantía de letras de cambio futuras o hipoteca en garantía de las futuras operaciones credituales- queda difuminada en una distinción - crédito simple, cuenta corriente de crédito- que, si acertada- el débito nace cuando se realiza cada operación- no prejuzga la configuración como cambiaria de la hipoteca del caso. El hecho de restringir el significado de las letras en las hipotecas en garantías de cuentas corrientes y el que la del recurso se califique de crédito simple, es un indicio, por contraposición, de la superior estimación de las letras de cambio por emitir en relación con la hipoteca.

Sin embargo ni la resolución aclara ni es inferible de una forma indubitada de sus considerandos, si las futuras letras de cambio son ellas mismas las o-

bligaciones garantizadas con hipoteca o si les compete la significación menor de indicios cuánticos y temporales de las verdaderas obligaciones garantizadas.

Conclusión

La presente resolución no contiene ningún pronunciamiento sobre la hipoteca cambiaria como fundamento del fallo. Se tratara o no de hipoteca cambiaria, no es éste el tema que se plantea en el recurso, sino si habría de aplicarse o no el artículo 153 de la ley Hipotecaria, esto es, si era cuenta corriente de crédito, o el 142 y 143 de la misma ley, por ser crédito simple.

Resolución de 16 de Junio de 1936

Se constituirá hipoteca para responder de la efectividad de todas las operaciones y obligaciones que dimanasen de letras de cambio en las que el hipotecante el Banco Español de Crédito y cualquier tercera persona interviniesen como elementos personales de las letras. Concretamente, la hipoteca se constituirá en garantía:

- A) De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por A a cargo de tercera persona y a la orden del Banco Español de Credito o de persona distinta de esta entidad que transfiera los efectos por endoso o dicho Banco.
- B) De la efectividad de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por tercera persona a cargo de A, bien a la persona distinta que transfiera el efecto por endoso a este último.
- C) De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan a la orden de A y éste transfiera por endoso al Banco Español de Crédito, cualquiera que sea el librador o el librado.
- D) En general, de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito sea tenedor el Banco Español de Crédito y en las cuales figure como librador, librado, endosado o avalista o en cual-

quiera otro concepto.

Considerando (1º) que la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces a sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional:

Considerando (2º) que la hipoteca objeto del recurso se halla comprendida en las llamadas de maximum, regidas por el artículo 142 de la ley Hipotecaria, las cuales, si bien suponen un gravamen actual sobre las fincas afectadas, nada indican sobre la existencia de la obligación afianzada ni acerca de su importe y exigibilidad:

Considerando (3º) que no ha de estimarse obstácu-

lo para refutar dicha hipoteca, incluída entre las que aseguran obligaciones futuras, el hecho de se ha pactado que el importe de la obligación se determinaría en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la entidad Bancaria acreedora, ya que ello es consecuencia de la índole especial de las operaciones de descuento de efectos, que exigen su consignación en una cuenta, de la que serán partidas de abono y de cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de aquellos que hubiesen sido devueltos impagados: característica que aproxima tal hipoteca a la de cuentas corrientes de crédito, de la que se diferencia por la distinta naturaleza de las operaciones que se garantizan, representadas por efectos en circulación, y a la que se asemeja porque en ambas la acción hipotecaria sólo podrá ejercitarse, respecto del saldo deudor, en un momento determinado.

Considerando (4º) que, como consecuencia de las diferencias apreciadas entre una y otra hipoteca, ha de estimarse inaplicable, a la que es objeto de la escritura limitación, en cuanto al tiempo, establecida en el artículo 153 de la ley, para la que asegura cuentas corrientes de crédito, y en cambio, por ser

idéntica la posición de ambas en lo relativo a la fijación del saldo, no hay inconveniente en admitir la aplicabilidad del expresado artículo en lo que a este particular se refiere:

Considerando (5º) que así centrada la cuestión debatida, ha de estimarse trascendental la apreciación de la licitud del pacto por el que se determina la manera de fijar el saldo en cuya virtud ha de ejercitarse en su día la acción hipotecaria, cuestión que ha de resolverse en sentido favorable a la validez.

Conclusión

Esta resolución, cuyo primer considerando ha sido habitualmente esgrimido como impulso oficial a la hipoteca cambiaria, no versó sobre una hipoteca cambiaria, sino sobre una hipoteca en garantía de una serie de negocios a la que se aplica un régimen mixto de las de crédito simple y de las de cuentas corrientes de crédito y a la que se califica de hipoteca de maximum.

Resolución de 18 de Enero de 1939

Confirmó la nota denegatoria de la inscripción de

un auto de adjudicación en juicio ejecutivo instado por quien no era titular registral de la hipoteca, sino en dosatario de un pagaré a la orden emitido por el deudor. Este se habría comprometido a reconocer como cesionario del crédito a la persona en cuyo poder se hallare el pagaré endosado con los requisitos previstos en el Código de Comercio. Este pacto había sido inscrito.

Considerando (3º) que el principio consignado en el artículo 20 de la ley Hipotecaria exige que los actos que hayan de tener constancia en el Registro de la Propiedad se ejecuten por personas que aparezcan en el mismo con derecho para ello, sin que tal principio admita otras excepciones que las taxativamente marcadas en el mismo y sin que puedan ampliarse a otros casos por deducciones o analogías, toda vez que la materia de excepciones es de interpretación restrictiva, y por lo tanto, no puede admitirse que una persona distinta de A, que es aquella en cuyo favor figura inscrita la hipoteca, pueda aparecer como adjudicataria sin traer causa del mencionado señor, razón por la cual el Registrador, al denegar la inscripción, cumplió con lo preceptuado en el artículo 20 de la ley Hipotecaria, y no se extralimitó en su función calificadora, pues, aunque los Registrado-

res carezcan de competencia para calificar el fondo de las resoluciones judiciales, pueden, no obstante, según constante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado concretada especialmente en la Resolución de 28 de Noviembre de 1904, denegar la inscripción de aquellas cuando del Registro surjan obstáculos que se opongan a su ejecución:

Considerando (4º) que de la certificación expedida por el Registrador aparece que la hipoteca se constituyó a favor del Sr. A y no en garantía de obligaciones transmisibles por endoso, como lo prueba el hecho indiscutible e indiscutido de que la inscripción se halle extendida a nombre de una persona y no en la forma y con las garantías en el artículo 154 de la ley Hipotecaria y sin que el título tenga doble matiz, una de las cuales debe quedar depositada en el Registro Mercantil de la provincia y la otra en poder de la entidad emisora, según preceptúa el artículo 207 del Reglamento Hipotecario.

Considerando (5º) que la cláusula contenida en la escritura de constitución de la hipoteca no menciona la cesión del crédito hipotecario, de modo que no puede afirmarse con rigor preciso que la transmisión por endoso estaba consignada en la escritura y garantizada por la inscripción en el Registro, ni podría legalmen-

te hacerse esta declaración, porque equivaldría a ser vulnerado por el Registrador el principio de trato sucesivo, básico en nuestra ley Inmobiliaria; ni puede engendrar confusión o duda la "excepción" concedida en favor de las transmisiones relativas a títulos endosables o al portador, porque es sabido que si éstos fueron emitidos privativamente por los comerciantes, con posterioridad, al permitir el Código de Comercio realizar actos de comercio a los particulares, con tal de que no los realizaran habitualmente y al no hacer obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los comerciantes individuales, se estableció un perfecto paralelismo entre este Registro y el hipotecario y la excepción afectó exclusivamente a los títulos emitidos por comerciantes individuales y sociedades "inscritos" que reunieran los requisitos señalados en los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 207 del Reglamento para ejecución de la misma, siendo la razón de esta diferencia el que siendo muy difícil en los títulos endosables e imposible en los al portador seguir la trayectoria de los sucesivos tenedores, los derechos de éstos quedaban salvaguardados por la inscripción individual y detallada de los mismos en el Registro Mercantil, con reglas especiales para impedir su multiplicación por parte de los particulares o entidades emisoras que están inscritas en el Registro

Mercantil, con reglas especiales para impedir su multiplicación por parte de los particulares o entidades emisoras que están inscritas en el Registro Mercantil y la inscripción bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Considerando (6º) que la misma cláusula debatida al afirmar que el deudor reconocerá como cesionario del crédito a la persona en cuyo poder se halle el pagaré no quiere expresar otra cosa sino que el deudor renuncia al derecho de que se le notifique el cambio de acreedor, no que los distintos tenedores del pagaré tengan la facultad de conservar la validez del crédito hipotecario violando un principio fundamental e insustituible de nuestro derecho inmobiliario, convirtiendo una obligación civil en hipotecaria cuando no se cumplen las leyes de esta clase, debiendo ser tenido en cuenta que aceptando como válida la argumentación de la recurrente, tampoco sería acreedora, porque si el pagaré tiene fecha 21 de Julio de 1928 y la hipoteca se constituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura correspondiente, la cual inscripción se efectuó el 14 de Noviembre del mismo año, el Sr. A no sería ya el acreedor hipotecario y, por lo tanto no podría transmitir hipotecariamente un crédito que, en el supuesto admitido sólo a efectos polémicos, ya no le pertenecía, porque el acreedor

sería el primero o único titular del pagaré:

Considerando (7º) que si, haciendo caso omiso de los razonamientos anteriores, se pretendiera por medio de una analogía sólo aparente, extender a los títulos endosables y al portador emitidos por particulares la excepción concedida a las Sociedades y comerciantes individuales incritos, sucedería que se iría manifiestamente contra el crédito público y los intereses del Estado y Hacienda: lo primero, porque un acreedor registral y que no fuera real, fuera del Registro, podría negociar un crédito que dejó de pertenecerle; lo segundo, porque el Estado no podría saber en un momento dado quienes eran los verdaderos acreedores hipotecarios, careciendo por tanto de base tan importante para conocer la distribución de la riqueza, sacando las consecuencias que de esa ordenación procediese, y especialmente que sería un medio de burlar las disposiciones vigentes sobre incautaciones, y lo tercero, porque podrían realizarse varias transmisiones sin la obligada fiscalización por parte de la Hacienda Pública para el pago de los Derechos reales y tal vez para los del Timbre.

Comentario

Esta resolución es la única en que se vierten afir-

maciones adversas al supuesto de hecho que conlleva la hipoteca cambiaria. Sin embargo la determinación de su sentido es tarea mediatizada por la construcción lógico-formal de sus principales considerandos. En definitiva, ¿se debate en ella si la hipoteca en cuestión garantizaba un crédito surgido de un préstamo y exteriorizado en un pagaré y no el pagaré mismo, o bien lo que se hace es, desde una actitud teórica, refutar la posibilidad legal de hipoteca en garantía de pagaré endosable?

En los considerandos cuarto, quinto y sexto, la doctrina de la DGRN báscula, dialécticamente, entre las posibilidades concretas y la imposibilidad legal. En sus respectivas primeras partes floran juicios sobre las cláusulas de la escritura que "a contrario" alimentan la viabilidad legal de un hipoteca que sí garantizase pagarés endosables: considerando 4º: "... la hipoteca se constituyó a favor de B y no en garantía de obligaciones transmisibles por endoso"; considerando quinto: "la cláusula contenida en la escritura de constitución de la hipoteca no menciona la cesión del crédito hipotecario, de modo que no puede afirmarse con rigor preciso que la transmisión por endoso estaba consignada en la escritura y garantizada por la inscripción en el Registro".

En la resolución antes estudiada de 10 de Noviembre de 1925 la imperatividad del artículo 154, parrafo segundo "in fine" en relación con el 150 de la ley Hipotecaria, fue el verdadero fundamento del fallo para confirmar la nota denegatoria de una escritura en la que no se cumplía la formalidad de la forzosa constitución a favor de los tenedores futuros de la letra. La que es objeto del presente comentario parece, en cambio sancionar ("a contrario") la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de un pagaré endosable sin que la hipoteca se transfiera al endosatario. Pero lo que en realidad hace la resolución es cerrar la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de un pagaré endosable por hallarse excluidos del ámbito de aplicación de los artículos 150 y 154. Ahora bien, como quiera que la del caso no se habría constituido en garantía del pagaré y a favor de los endosatarios. Las afirmaciones de la resolución en torno a esta posibilidad se producen "ex abundanti" no como efectiva "ratio decidendi". A diferencia de la de 1925, en que fue parte del fundamento del fallo y tuvo un sentido contrario: no se denegó por exclusión sino por infracción del artículo 154.

En ella son discernibles:

a) Fundamento del fallo: la hipoteca se constituyó e

e inscribió en garantía de un préstamo, al que se adhería un pagaré, y a favor de una determinada persona.

- b) Argumentación "ad lateris": inaplicación del artículo 154 por la ausencia en el pagaré de los requisitos estructurales en él previstos y por ser de exclusiva aplicación a comerciantes y sociedades inscritas, habida cuenta de lo dispuesto por los artículos 21 del C. de c. y el 39 del Reglamento de Registro Mercantil de 21 de Diciembre de 1885.

En vista de lo cual se interpreta el pacto de reconocer como cesionario del crédito al endosatario del pagaré como renuncia por el deudor a la notificación de la cesión. Se funda esta interpretación en el principio "fundamental e insustituible" del tracto sucesivo registral cuya infracción convertirá "una obligación civil en hipotecaria". Ahora bien, a nuestro juicio, reconocer la validez de la cesión del crédito al endosatario y, no obstante, negarle la adquisición de la hipoteca viola otro principio más fundamental e insustituible que el del tacto: el de la accesoriedad de la hipoteca para con el crédito. ¿En qué suerte de nirvana registral vivirá la hipoteca? ¿No se invocaría el nombre del tracto sucesivo registral para construir artificialmente una hipoteca independiente despegada

de la vida jurídica?

Resolución de 5 de Febrero de 1945

Se constituirá hipoteca en garantía de un crédito que se reflejaría en una cuenta corriente en la que se adeudarían las cantidades de que responde el cuentacorrentista hipotecante y las devoluciones de letras de cambio o efectos de giro que este hubiese cedido o descontado al banco. La DGRN revocó la nota del Registrador con base en los siguientes argumentos:

Considerando que por la subsanación del primero de los defectos incluidos en la nota calificadora y por no haber sido impugnado el tercero, lo único que se debe resolver en la alzada es si en la escritura de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, otorgada a favor de A, pudo pactarse válidamente que, en el caso de que haya de ejercitarse la acción hipotecaria, se podrá acreditar el saldo deudor por certificación de los datos obrantes en los libros de contabilidad de dicho establecimiento:

Considerando que la hipoteca de maximo en la configuración que ha recibido de la doctrina española aparece como un derecho real de carácter eminentemente accesorio, constituido para asegurar el pago de obligaciones variadisimas y determinadas en sus lineas

generales, pero sin garantizar la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos:

Considerando que el principio de publicidad o la fe pública del Registro sólo es aplicable en tales supuestos al derecho real de hipoteca, cuya vigencia y alcance declara y autentica la inscripción, mientras el derecho de crédito colocado a su amparo vive, se modifica y extingue con sujeción a los preceptos relativos del Derecho civil y mercantil, por todo lo cual es de preferente aplicación al supuesto discutido el artículo 1256 del Código civil, citado por el Registrador: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes":

Considerando que si bien en esta clase de gravámenes las exigencias del principio de especialidad y determinación resultan atenuadas por la posibilidad de colocar bajo la protección hipotecaria nuevas relaciones jurídicas, de extraer del grupo las ya constituidas, de extinguir las deudas vigentes y de sujetarlas todas a una liquidación compleja, no cabe ampliar estas concesiones hasta el extremo de idear un procedimiento ejecutivo en el que los futuros adquirentes de la finca, los acreedores hipotecarios posteriores y, en general, los acreedores hipotecarios pos-

teriores y, en general, los terceros interesados, quedan sujetos a las declaraciones formuladas por el apoderado de un Banco, cualesquiera que sean su respetabilidad y solvencia, sobre el incumplimiento de obligaciones como las contenidas en los apartados A, B, C de la cláusula 7ª de la escritura calificado, sobre la existencia de efectos mercantiles, protestados o no, que puedan motivar asientos en la cuenta corriente respectiva, sobre el cálculo de costas, perjuicios o intereses y, en fin, sobre todas las responsabilidades que en los procedimientos ejecutivos ordinarios han de ser escrupulosamente apreciadas por la autoridad judicial:

Considerando que no obstante la fuerza jurídica de los anteriores razonamientos ha de reconocerse que la Resolución de 16 de Junio de 1936 se decidió terminantemente por la licitud del discutido pacto y que la nueva redacción del artículo 153 de la Ley Hipotecaria aprobada por el primero de la Ley de 30 de Diciembre último, declara con toda precisión que "en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorros y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora, siempre que se notifique judicial o notarialmente al deudor un ex-

tracto de la cuenta y éste no hubiera aledado en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad".

La resolución valora la hipoteca del recurso como de máximo en garantía de cuenta corriente. No se trataba de hipoteca cambiaria. Las letras de cambio, o mejor el importe de sus devoluciones, eran, junto a otros negocios documentados, meras partidas con reflejo contable en una compleja liquidación. Las obligaciones de regreso no estaban garantizadas con hipoteca. Sólo la cuenta corriente resultaba hipotecariamente garantizada. Respecto de ella, las letras de cambio devueltas sólo aspiraban a figurar entre sus posibles asientos. Precisamente por ello resultaba fundada la validez de la cláusula en que se confería valor ejecutivo a la certificación bancaria.

Resolución de 25 de Octubre de 1973

CONSIDERANDO (único): Que cuestión previa a dilucidar, que de admitirse impedirá entrar en el fondo del expediente, de conformidad con el artículo 119 del Reglamento Hipotecario, es la de si la sociedad recurrente tiene personalidad para interponer el recurso, lo que ha de resolverse en el sentido de que, en efecto, carece de tal personalidad, ya que no resulta de

los documentos presentados que se encuentre legitimada como titular del crédito hipotecario, por desconocerse la existencia de la cláusula cambiaria de endoso en las letras emitidas, que inicialmente puede tener lugar dado el rigorismo del artículo 462 del Código de Comercio con los requisitos y formalidades que en el mismo se establezcan y sin que sea suficiente el escrito aportado, en el que se indica se ha verificado, que, en todo caso, no podrá tener más valor que el que le reconoce el artículo 466 del mismo cuerpo legal, y sin que tampoco pueda tomarse en consideración el hecho de que la Sociedad recurrente fuese la representante del título en el Registro, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción en esta oficina, que recoge el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, con la expresamente exigida para interponer el recurso, a que se refiere el artículo 112 del Reglamento.

En contra de lo que afirma la propia resolución (no es necesario entrar en el fondo del asunto) y de la desatención de que ha sido objeto por parte de los comentaristas, oscurecida sin duda por la de 26 de Octubre que enseguida estudiaremos, contiene trascendentes motivaciones de fondo.

En primer lugar, la propia resolución admite. "a contrario", la hipoteca cambiaria, por lo que, "de en-

trar en el fondo del asunto", habría revocado los motivos de la nota denegatoria del Registrador expresivos de la infracción del artículo 154 (no ser talonarios y faltos de doble matriz).

En segundo lugar, el criterio que alega para fundar la falta de personalidad del recurrente no es puramente formal, procedimental. La diferencia entre la legitimación para presentar un documento a inscripción (art. 6 d) de L.H. y 39 R.H.; Se presume la representación) y la legitimación para recurrir (112 R.H.: interesados o quien "ostenta notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria") es incuestionable. Se estimó que el recurrente estaba falto de poder, por una parte, y que no era interesado, por otra parte. Es esta última cuestión ("interesado") la que más importa. El artículo 112, 1º del R.H. considera legitimado para recurrir a la "persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción "La DGRN niega esta condición al recurrente por no resultar de los documentos presentados que se encuentra legitimada como TITULAR DEL CREDITO HIPOTECARIO ante la falta de la CLAUSULA CAMBIARIA DE ENDOSO. Esta afirmación contiene toda una doctrina (4) sobre la HIPOTECA CAMBIARIA que al margen la impropiedad técnica de la terminología (¿cómo puede alguien ser titular del crédito hipotecario cuando éste no se ha-

lla inscrito?), será uno de los puntos fundamentales que nos proponemos someter a revisión en este estudio.

Resolución de 26 de Octubre de 1973

Considerando (1º) que la cuestión central planteada en la calificación obliga a resolver en primer término si cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio, no obstante aparecer explícitamente reconocida su admisibilidad, con posibilidad hasta ahora meramente teórica en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria y en el 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.

Considerando (2º) que indudablemente este tipo de hipoteca ofrece, dentro de las hipotecas en garantía de títulos de créditos, especiales peculiaridades debidas a las características del mismo crédito garantizado, puestas de relieve en diversas resoluciones de este Centro, como pueden ser, entre otras, y sólo a título de ejemplo, la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse; o a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial; o, por último, las que

pueden presentarse en la fase de ejecución, y, en general, una falta de evidencia si no ha matizado o regulado bien la garantía, que puede incluir a error a los terceros y tenedores de las citadas letras de cambio;

Considerando (3º) que, por todo lo expuesto, no es extraño que hayan sido vistos con cautela y disfavor por esta Dirección General los contados casos en que se ha planteado en recurso gubernativo su inscribibilidad, sin perjuicio de no obstante, reconocer, también en un plano de mayor generalidad, como ya declaró la Resolución de 16 de junio de 1936, lo conveniente que fuera facilitar la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad, "porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional.

Considerando (4º) por tanto, que siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y por otra parte resulten salvaguardados los principios hipotecarios - lo que no sucedía en los casos examinados por este Centro con anterioridad a este expediente -,

no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como organos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal.

Considerando (6º) que aun cuando el artículo 154 de la Ley Hipotecaria establece para la constitución de hipotecas con garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que éstos habrán de ser talonario, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación como la serie, amortización, etc. ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionadas, y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía -

analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución de los datos y circunstancias que vengan a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y, a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro;

Comentario

El rasgo paradójico que sobresale en el considerando primero ("si cabe encuadrar en la práctica... NO OBSTANTE aparecer explícitamente reconocida su posibilidad) se disuelve en una confrontación con los considerandos cuarto ("aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente") y sexto ("no ha podido comprender dentro de su contexto... pese a resultar mencionadas y, en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para seguir...").

El considerando primero alude a la hipoteca cambiaria como una "posibilidad HASTA AHORA MERAMENTE TEORICA". Y el considerando tercero confiesa la "CAUTELA Y DISFAVOR" de la DG hacia la figura. Sin embargo no creemos que semejantes declaraciones varíen en absoluto el criterio por nosotros sustentado de que la DGR y N no se ha opuesto tradicionalmente a la hipoteca

cambiaría. De una parte, la referencia a la posibilidad meramente teórica "hasta ahora" de la hipoteca cambiaría es una declaración relativa a la oportunidad del sentido positivo de la resolución que resuelve el recurso, en cuanto que la titulación reunía todos los requisitos -"mutatis mutandis"- del articulado 154 de la ley hipotecaria. De entre los recursos presentados ante la DGR y N hasta entonces (1) sólo en este caso cumplía la escritura todas las formalidades legales requeridas para su inscripción. De otra parte, si hay cautela en los considerandos de las resoluciones del Centro Directivo, no es exacto que hay disfavor según creemos haber demostrado.

El considerando cuarto define esa cautela en el respeto a las normas legales y la salvaguarda de los principios hipotecarios.

Los considerandos cuarto y sexto de esta resolución son literalmente recogidos por los respectivos primero y segundo de la Resolución de 31 de Octubre de 1978 y por el considerando sexto del Auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid de 26 de Marzo de 1981 (2).

RECAPITULACION Y CONCLUSION PARA LA HIPOTECA CAMBIARIA
EN GARANTIA DE NEGOCIOS MERCANTILES Y BANCARIOS.

No es fundada la opinión de qué la DGRyN se ha opuesto secularmente a la hipoteca cambiaria. La única resolución (18 de Enero de 1939) que contiene afirmaciones contrarias al mecanismo de la hipoteca cambiaria - versó sobre un pagaré endosable adherido al préstamo - para el que se constituyó e inscribió la hipoteca. No fueron esas argumentaciones fundamento del fallo. Por el contrario, el mismo argumento constituyó la "ratio decidendi" de la resolución de 10 de noviembre de 1925 favorablemente "a contrario", a la hipoteca cambiaria. La resolución de 26 de Octubre de 1973 fue la primera en la que, por los términos de la escritura, de la nota y del recurso, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de su regulación, propugnando la integración de su regimen jurídico por la via de la analogía.

Las hipotecas objeto de los recursos que dieron lugar a las resoluciones de 10 de Noviembre de 1925 y 28 de Febrero de 1933 podían ser verdaderas hipotecas cambiarias. Aunque esta segunda recaía sobre una apertura comercial de crédito, garantizaba las obligaciones cambiarias que surgieran en conexión con el contrato ya celebrado y de las que resultarían deudor y acreedor - las mismas personas que habían concurrido a la celebración de aquel. La resolución de 16 de Junio de 1936, - en cambio, - cuyo primer considerando es a menudo colacionado como impulso oficial a la hipoteca cambiaria -

no resolvió un caso de hipoteca cambiaria, por estar indeterminadas las terceras personas y por no haber sido partes en el contrato originario garantizado con hipoteca. Así pues para que haya hipoteca cambiaria en estos casos (aperturas de créditos, cuentas corrientes y simples, y, en general, negocios mercantiles bancarios), y no hipoteca en garantía de obligaciones futuras, es necesario que las obligaciones cambiarias que se garanticen surjan por acumulación a las ya existentes en virtud de un mismo contrato causal (3). Una vez emitidas las nuevas letras han de ser aportadas al Registro para su identificación y constancia registral mediante nota marginal. Pero no a modo de constancia del cumplimiento de una condición suspensiva o de nacimiento de una nueva obligación (art. 143 de la ley y 238 del Reglamento), sino en el cometido más modesto de cumplimiento de la "relatio" (identificación de las letras) para que la hipoteca pueda acogerse al mecanismo (transmisión, acción) cambiario. A la manera de la nota marginal prevista por los artículos 58 y 240 "infine" del RH para los casos de aplazamiento del pago del precio en que no es necesaria una cancelación parcial, así tampoco es necesaria una nueva inscripción para que quepa entender constituida la hipoteca cambiaria "ab origine". Existiendo ya un contrato válido y perfecto, identificado el deudor hipotecario, detallada la extensión del crédito, había una hipoteca cambiaria completa en cuanto a las letras emitidas e incompleta en cuanto a las letras por emitir. Cambiaria, no obstante, también en cuanto a

éstas porque figura inscrito el consentimiento del deudor para la extensión de la hipoteca a las nuevas letras que firme. No hay, pues, conversión de hipoteca ordinaria en garantía del débito causal, en parte, y de seguridad en garantía de las nuevas letras, en otra parte, en hipoteca cambiaria. Sólo hay fraccionamiento de un único crédito con un deudor identificado (4). Su configuración como hipoteca de seguridad (de máximum) o como hipoteca ordinaria no es con secuencia forzosa de poner como referente a las letras de cambio, sino de la existencia o inexistencia de éstas o de la extensión (cierta, indeterminada con un máximum) que los particulares quieran dar al crédito. No es admisible que la ley imponga la calificación de hipoteca de seguridad por el solo hecho de tratarse de hipoteca cambiaria. Tal cosa situaría al legislador en una posición parcial respecto a los intereses en juego, habida cuenta de las ventajas e inconvenientes que se derivan de uno y otro tipo de hipoteca. En efecto, como ha observado el Prof. Eickmann (5) la determinación legal contenida en el § 1184 (que describe el efecto de la hipoteca de seguridad) no puede ser una confesión en pro o en contra de la accesoriedad, porque ello implicaría la desprotección de uno de los intereses en juego: el del posible acreedor hipotecario -si es de seguridad- o el del deudor hipotecario -si es ordinaria-. La ley se limita a poner a disposición de los particulares dos formas distintas del tipo hipoteca ("zwei unterschiedliche" Formen des Typus" "Hypothek"), pero la elección de una u otra

viene determinada por la finalidad de seguridad y por el interés predominante de las partes: "die Auswahl zwischen ihnen wird, durch den Sicherungszweck und das wirtschaftliche Interesse des Beteiligten bestimmt".

Notas

- (1) "Considerando que de las multiples cuestiones que suscita el estudio del documento calificado sobre las características de las letras de cambio garantizadas, el concepto jurídico de renovación, la figura hipotecaria desenvuelta, las acciones para hacerla efectiva, y el extraordinario regimen de cancelación establecido solo pueden ser tratadas en este recurso gubernativo: primero, las de no aparecer cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 154, 155 y 82 de la ley Hipotecaria y 183 de Su Reglamento: segundo, la opinión entre la clausula de la escritura y el artículo 144 de la ley, y, en general, le falta claridad que pueda inducir a error a los terceros y Tenedores de las citadas letras de cambio".
- (2) Las resoluciones habidas con posteridad (18 de Octubre de 1979, 18 de Noviembre de 1981 y 2 de Septiembre de 1983) se refieren a cuestiones particulares del régimen jurídico de estas hipotecas por lo que serán debidamente contrastadas en el tratamiento de esta.
- (3) En contra : Peña Bernarldo de Quirós ("Derechos reales-Derechos Hipotecarios", 1982, p. 509) que opone a la hipoteca que domina propiamente cambiaria (la que garantiza la efectividad de determinada letra de cambio cualquiera que sea su tenedor) la hipoteca previa en garantía de obligaciones futuras cuando se pacte que garantice el importe de las letras vencidas que contra

determinada persona tenga otra en su poder (supuesto de la Res. de 31 de enero de 1925).

- (4) Concretamente, por lo que se refiere a los contratos de cuentas corrientes, los créditos y deudas resultantes de las relaciones negociables pierden su individualidad propia, convirtiéndose en simples partidas del Debe y del Haber. Los créditos anotados en la cuenta corriente quedan extinguidos, siendo reemplazados por el asiento correspondiente y fundiéndose en el crédito final del saldo, que es el único exigible. Este es el efecto "novatorio" que produce el contrato de cuenta corriente. Desaparece las acciones correspondientes a cada uno de los créditos y se sustituyen por los propios de ese contrato (así, la Sentencia de 16 de febrero de 1965). Sin embargo, el propio Tribunal Supremo (SS. de 26 de febrero de 1931 y 6 de abril de 1933) tiene declarado que el cuentacorrentista tiene derecho a invocar las garantías con que se hubiere robustecido el crédito por el saldo existente a su favor al cierre de la cuenta hasta la concurrencia del crédito garantizado.

- (5) Aunque en el BGB se impone la configuración de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad -según veremos-, no siendo esto así en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente válida la reflexión de Eickmann en "Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", 4 München, 1981, p. 1563: "Die Hypothek ist ein dingliches Recht mit der sie die Forderung (Akzessorität) des Kredits"

"Die Abhängigkeit eines dinglichen Rechts von der gesicherte Forderung (Akzessorietät) ist Vorteil und Nachteil zugleich: Je nachdem, aus welcher Perspektive man sie betrachtet, mag sie dem Beteiligten das eine oder das andere bedeuten. Aus der Sicht des Eigentümers ist sie von Vorteil, weil sie ihn vor der Inanspruchnahme aus dem dinglichen Recht schützt, wenn die Forderung nicht entstanden oder wenn sie einredebehaftet ist. Aus der Sicht des Gläubigers erweist sie sich als lästing, weil in diesen Fällen das dingliche Recht keinen aktuellen Wert für ihn beinhaltet und weil es für ihn deshalb nur eingeschränkt verwertbar ist: Jeder Erwerber des Rechts liefe ja Gefahr, kein oder nur ein einredebehaftetes und deshalb unverwertbares Recht zu erwerben. Die Entscheidung des Gesetzgebers konnte deshalb richtigerweise nicht ein Bekenntnis für oder gegen die Akzessorietät schlechthin sein, weil damit notwendig das eine oder andere Interesse unberücksichtigt geblieben wäre. Das Gesetz bietet den Beteiligten vielmehr mit der Verkehrshypothek und der Sicherungshypothek zwei unterschiedliche Formen des Typus,, Hypothek,, an;¹ die Auswahl wird, durch den Sicherungszweck und das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten bestimmt".

T I T U L O V

FUNDAMENTOS LEGISLATIVOS DE LA
HIPOTECA CAMBIARIA

CAPITULO I

ANALISIS* DIACRONICO

CAPITULO II

ANALISIS SINCRONICO

CAPITULO I

ANALISIS DIACRONICO

Ley 8-II-1861 : Análisis de Exposición de Motivos

Es absolutamente unánime la consideración doctrinal de que la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo no reguló la hipoteca cambiaria, sino que la rechazó expresamente (1). Antes de emitir ningún juicio propio y para comprobar la exactitud de tal afirmación, dejemos hablar al propio legislador por boca de don Pedro Gómez de la Serna en la magistral Exposición - de Motivos de dicha ley (2).

"Más la dificultad de las materias hasta aquí examinadas, en lo que a las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestión de COMO DEBEN ENAJENARSE O CEDERSE LOS CREDITOS HIPOTECARIOS. No podía la comisión, al entrar en este punto, desentenderse de una opinión moderna, sostenida con energía y convicción en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado a ser LEY en ALGUNA NACION EXTRANJERA : LA DE LA TRANSMISION DE LOS CREDITOS HIPOTECARIOS POR ENDOSO. Sus partidarios, fundándose en la grande facilidad que presenta este modo de transmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios, y en que el endoso hace que la obligación sea un valor en circulación que participa a la vez de las ventajas del

crédito territorial y de las del crédito personal, - creen que es una mejora palpable que da grande ensanche a la propiedad, que introduce en ella la vida y animación mercantil, y que destruyendo trabas y ahorrando gastos inútiles, proporciona al acreedor hipotecario medios expeditos para obtener su reembolso. Esto, añaden, viene a convertirse en beneficio del - dueño de bienes inmuebles, porque cuanta más facilidad encuentren los prestamistas para ser reintegrados en un momento para ellos angustioso, tanto menor será la dificultad que tendrán para prestar sobre el crédito territorial y tanto menores los intereses - que lleven por el capital. Agrégase a esto, que el objeto de las leyes hipotecarias, no es sólo dar mayor seguridad a las hipotecas, sino también aumentar la extensión del crédito territorial y comunicarle - una facilidad en la circulación parecida a la activa del crédito mercantil, facilidad de que hasta ahora ha carecido y que debe ser su principal elemento de vida.

NO PARTICIPA DE ESTAS IDEAS LA COMISION; cree por el contrario que está erizada de dificultades LA ASIMILACION DE UN CONTRATO HIPOTECARIO AL CONTRATO DE - CAMBIO. Nada hace el legislador con DAR A UNA OBLI-GACION MERCANTIL, cuando la naturaleza de ellas es - esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone a la voluntad del legistador, que sólo producirá complicaciones sin conseguir su objeto. La ley civil, como la mercantil, tiene sus

condiciones indeclinables de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros; y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas no son caprichosas, sino que se fundan en razones incontestables, el legislador no alcanza a borrarlas: por esto tienen hasta cierto punto una vida independiente. Si se quiere confundirlas, SI SE QUIERE LLEVAR A LAS TRANSACCIONES CIVILES LOS PRINCIPIOS Y FORMAS DE LAS COMERCIALES, SE DESNATURALIZA EL DERECHO, por que se hace general lo que sólo como excepción tiene su razón de existir.

LOS CREDITOS HIPOTECARIOS, como representación - del territorial, NO ADMITEN POR SU MISMA NATURALEZA LA MOVILIDAD DE LAS LETRAS DE CAMBIO Y DE LOS PAGARES A LA ORDEN. Para convencerse de ello basta observar que en las obligaciones civiles la solidaridad no se presume; por el contrario, en las comerciales la solidaridad es la regla general, prueba de - que una y otra legislación parten de principios diferentes. Y esta diferencia se funda en la diversa índole de unos y otros negocios; las obligaciones mercantiles son de poca duración, rápidas en sus formas, rigurosas en su cumplimiento y de prescripción corta: en ellas la solidaridad es fácil y natural, porque el que firma una letra de cambio, el que la acepta y los que la endosan, todos se hallan en iguales condiciones, todos se obligan por la confianza que - les inspira el crédito de los que antes firmaron; y como los créditos son para tiempo limitado, pueden -

calcular, sino con seguridad, con gran probabilidad al menos, la garantía que al vencimiento del crédito ofrecerán los nombres de los que aparecen ya obligados.

No puede decirse otro tanto respecto al crédito hipotecario: los que toman préstamos sobre su propiedad no suelen hacerlo para empresas mercantiles ó industriales, sino, ó para salir de una situación apremiante, o para mejorar la misma propiedad con capitales que sólo lentamente y en una larga serie de años, y con grandes esfuerzos produce la finca mejorada, la cual entre tanto tiene que sostener los gastos de la conservación ó del cultivo, y el pago de los intereses del capital anticipado. De aquí que los propietarios, al tomar dinero a préstamo hipotecario para mejorar sus fincas, lo hacen a los plazos más largos posibles: de aquí que la razón aconseje la amortización lenta y SUCESIVA de los capitales tomados a préstamo para empresas agrícolas de alguna importancia, y que este sea el sistema seguido en los países en que más se ha extendido y favorecido el crédito territorial. Por esto la transmisión por medio de endoso, si ha de conservar su condición general de obligar a todos los endosante, no se acomoda bien a los contratos hipotecarios; porque no es de presumir que personas que por su prudencia y previsión en los negocios hayan adquirido un crédito sólido, quieran ser endosatarios, constituyéndose obligados solidariamente y a muy largo término, atendidas las vicisi

tudes a que está sujeto el crédito por los cambios sucesivos del valor de la propiedad, las dificultades que para el cobro oponen las sucesiones o divisiones de bienes, y otras causas que más fácilmente se comprenden que se enumeran, pues que podrían encontrarse en el caso de pagar el capital prestado y los intereses en el momento en que más desapercibidos se encontraban y más ajenos a satisfacer una obligación que hacia muchos años hubiera pasado, y tal vez sólo momentáneamente, por sus manos.

Mas si se dijera que podría hacerse el endoso sin responsabilidad del endosante, entonces quedarían anuladas en su principal parte las ventajas que el sistema del endoso produce en sentir de sus defensores, a saber, que el crédito personal de los endosantes venga a fortalecer el crédito real. Hay más: puede decirse sin inconveniente, que lejos de fortificarlo lo minoraría; cuanto más circula una letra de cambio, más confianza inspira, porque cada firma de un endosante es nueva garantía para los que después la reciban; pero si al endoso de los créditos hipotecarios se quita la responsabilidad de los endosantes, cada firma vendrá a ser una prueba de que la persona que poseía el crédito y se ha deshecho de él, ha preferido a los intereses que producía otra especulación ó más segura ó más lucrativa, y quitada así la responsabilidad de los endosantes, ya desaparece esa facilidad de la transmisión por endoso, porque nadie que tome el crédito dejará de ha-

cer antes serias y detenidas investigaciones respecto al valor y circunstancias de la hipoteca. Queda así por única ventaja el menor coste de la transmisión, ventaja bien mezquina al lado de los inconvenientes que lleva consigo el sistema del endoso. No es el menor lo que se presta a falsificaciones de descubrimiento difícil y a veces hasta imposible. NO SIRVE DECIR QUE ESTE TEMOR NO ES PROBABLE COMO SE DEMUESTRA CON LAS LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES A LA ORDEN: basta tener en cuenta que estas obligaciones son de corta vida, que pasan por muchas manos, que intervienen en las transacciones a que dan origen personas que frecuentemente se conocen y se ocupan en negocios mercantiles, y que tienen activas relaciones, para que se conozca que la facilidad de descubrirse el fraude es grande e inmediata, y que esto mismo retrae a los falsificadores; PERO NO ES DE CREER QUE ESTO SUCEDA EN LOS CREDITOS HIPOTECARIOS, cuya duración es infinitamente mayor, cuya circulación será lenta, y que tal vez pasarán muchos años, no sólo sin descubrirse, pero aun sin sospecharse la falsificación.

No desconoce la comisión que ES CONVENIENTE Y AUN NECESARIO buscar el modo de dar a los capitales prestados sobre bienes inmuebles una actividad en la circulación de que hoy carecen. Pero esto no se consigue con disposiciones legales de la naturaleza de la que ACABA DE ser examinada, NI POR MEDIOS QUE QUEPAN DENTRO DE LA LEY DE HIPOTECAS: PARA ELLO ES NECESA-

RIO que los títulos hipotecarios tengan un valor conocido y notorio, que pueda este ser apreciado a primera vista y sin necesidad de investigaciones; que todos comprendan que la garantía es eficaz y legítima, y que los adquirentes no serán defraudados en las negociaciones que respecto a ellos se hagan; en una palabra, que ENTRE los CAPITALISTAS y los PROPIETARIOS que buscan recursos en el crédito territorial, haya INSTITUCIONES INTERMEDIAS, que EMITIENDO OBLIGACIONES TERRITORIALES de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciadas por todos EN CAMBIO DE LAS GARANTIAS HIPOTECARIAS que, previo el debido exámen, reciban, TRANSFORMEN EN INSCRIPCIONES TERRITORIALES NEGOCIABLES COMO LOS EFECTOS AL PORTADOR LOS TITULOS HIPOTECARIOS, que ellas se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo. Esta indicación basta al propósito de la comisión.

Desechado el sistema del endoso, la comisión sólo tenía que aplicar para la enajenación ó cesión de los créditos hipotecarios las mismas reglas que dominan en todo el proyecto: que la transferencia del crédito hipotecario se haga por escritura pública para evitar los fraudes a que pueden dar lugar los documentos privados poco adecuados siempre para la adquisición de derechos en las cosas inmuebles; que se dé conocimiento al deudor para que sepa que en lo sucesivo ya no debe satisfacer el capital y los intereses al acreedor antiguo, sino al cesionario; que se inscriba el contrato en el registro, porque en él de

be constar todo lo que modifica el crédito hipotecario y las obligaciones que produce; que el cedente - descuidado de poner en conocimiento del deudor la - enajenación ó cesión, responda al cesionario de los perjuicios que esta falta le ocasiona, lo cual es - consecuencia de que cada uno debe responder de los - daños que a otro origine por no hacer lo que la ley la preceptúa."

Tesis

Si las anteriores indicaciones bastaron al "propósito de la comisión" nos bastan a nosotros para - mantener la tesis - contraria a lo que es sentir unánime en nuestra doctrina - de que el legislador - de 1861 no anatematizó la hipoteca cambiaria. Aquello de que trata la Exposición de Motivos es la cesión de créditos hipotecarios por endoso para razonar su inidoneidad como sistema GENERAL de transmisiones de todas las hipotecas. Es más, en una lectura "a contrario" de algunos de los textos E.de M. se echa de ver la simpatía legislativa hacia el documento cambiario por sus indudables ventajas - razón, quizás, de que no llegara a plantearse aún la - necesidad de garantizarlo con hipoteca-para una circulación ágil y segura del crédito.No se detiene - ahí el legislador.Manifiesta incluso la conveniencia y necesidad,instando a ello pero declinando su competencia como legislador hipotecario, de crear cauces

institucionales para la movilización de los activos hipotecarios- una de las finalidades primordiales de la hipoteca cambiaria mediante su negociación anticipada.

En lo que nos interesa, son tres las proposiciones fundamentales de cuya demostración -si es que no basta con la simple lectura de la Exposición de Motivos para enervar la "opinio communis", que cuenta - con estos mismos textos como principal alegato de la tesis contraria- nos ocuparemos inmediatamente:

- a) La ley de 1861 no rechaza en su Exposición de Motivos expresamente la hipoteca cambiaria sino la sustitución de las escrituras públicas - por títulos reales semejantes a las letras de cambio como sistema general de transmisión de los créditos hipotecarios.
- b) La Exposición de Motivos de la ley, inconscientemente, formula una delimitación negativa de la hipoteca cambiaria con un rigor y precisión que es superior al de las elaboraciones doctrinales posteriores.
- c) Se sanciona la finalidad económica primordial de la hipoteca cambiaria en cuanto vehículo de movilización de activos hipotecarios.

Demostración de la tesis

- A) La Ley de 1861 no rechaza, en la exposición de

motivos, la hipoteca cambiaria

La E.de M. proclama, como enunciado de un tema - que luego desarrolla, "la cuestión de cómo deben enajenarse o cederse los créditos hipotecarios". O sea, el sistema general de transmisión de todo crédito hipotecario, y no de los créditos hipotecarios - cambiarios. Y, so pena de tergiversación, no se comprende cómo nuestros autores han podido detectar un rechazo de la hipoteca cambiaria en semejante aseveración. Para evitar cualquier tacha de ignorancia de opiniones novedosas -innecesaria, por otra parte, dado el prestigio de los redactores-, no quiere el redactor "desentenderse de una opinión moderna, sostenida con energía y convicción en el terreno de la - ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado a ser ley en alguna nación extranjera: la de la transmisión de los créditos hipotecarios por endoso". La claridad de la literalidad es incuestionable. La hipoteca cambiaria no era una figura tan importante como para erigirse en el objeto de toda una corriente de la opinión moderna en - el terreno de la Ciencia. Como método para desarrollar y solucionar la cuestión-guía, a saber, cómo deben cederse los créditos hipotecarios, se aborda, en primer lugar, la cesión de los créditos hipotecarios por endoso, se estudian los pros y los contras de este sistema como instrumento general de transmisión - de los créditos hipotecarios para en segundo lugar,

venir a acoger como alternativa más deseable la de -
la cesión de todo crédito hipotecario en escritura -
pública, con conocimiento del deudor e inscripción
en el Registro. El contraste endoso-escritura públi-
ca inscrita ilustra la generalidad de lo que se está
debatiendo.

Ahora bien ¿a qué "opinión moderna" se está refi-
riendo y cuál es esa que "llego a ser ley en alguna
nación extranjera"?

Con toda probabilidad se está refiriendo la E. de
M. a la ley francesa de 1 de noviembre de 1795. En
una exaltación de las teorías fisiócratas y atraídos
por los progresos del crédito territorial en los Es-
tados de Alemania a impulsos de las "Handfesten" o -
cédulas hipotecarias transmisibles por endoso, los -
convencionales franceses sancionaron dos leyes el 1º
de noviembre de 1795 o, en fraseología revoluciona-
ria, el 9 de Messidor del año III de la República -
"una e indivisible": el denominado Código Hipotecario
y la ley de Declaraciones Inmobiliarias. Don Bienve-
nido Oliver ha señalado agudamente el error francés
en esta trasposición: "habiendo observado que ...las
cédulas hipotecarias...descansaban sobre Registros -
Inmobiliarios, creyeron que éstos constituían una me-
ra formalidad o ritualidad externa, sin valor sustan-
tivo alguno. Partiendo de este error, nacido de ha-
berse fijado sólo en la superficie o apariencia de -
las instituciones, prescribieron como potestativo -

en unos casos, y como inexcusable en otros, la presentación de las llamadas Declaraciones Inmobiliarias al funcionario encargado del Registro...desprovistos de toda prueba fehaciente acerca del contenido de los datos consignados en ellas..."(3)

Pero para la constitución de la novísima "Hypothèque sur soi même", que servía de base a la emisión de cédulas hipotecarias, se exigía algo más que la mera declaración del que se decía dueño: se exigía la prueba del dominio en virtud de documentos fehacientes que calificaba el Registrador. De donde se deduce que los legisladores de la Convención sólo estimaron necesario constituer el derecho de propiedad, según los principios alemanes, cuando se trataba de bienes inmuebles sobre los que habían de emitirse cédulas hipotecarias transmisibles por endoso. Consistía esta forma de hipoteca en la emisión de cédulas hipotecarias por importe de las tres cuartas partes del valor del inmueble, expedidas por el Registrador, previa la justificación del derecho de propiedad y del valor del inmueble. Las cédulas eran talonarios, transmisibles por endoso y reembolsables dentro del plazo máximo de diez años. Añádase a esto que, no siendo preceptiva la designación nominal del acreedor en la escritura, proliferó la práctica de redactar instrumentos privados autenticados a la orden o al portador y las hipotecas en favor del portador de la primera copia. *

Sin embargo, como observa Oliver, la emisión de -
cédulas hipotecarias (como sistema para atraer capi-
tales a la tierra) se hallaba en tan abierta oposi-
ción con las costumbres y con los conceptos jurídi-
cos tradicionales del pueblo francés, y se pretendió
plantearlas con tan poco arte y precisión, que el po-
der legislativo se vió obligado a dilatar por medio
deprórrogas sucesivas la observancia del Código de-
cretado por la Convención nacional, hasta que fue ex-
presamente derogado y en parte sustituido por la ley
Hipotecaria de 11 de Brumario del año VII (11 de no-
viembre de 1798)

Dos tendencias de parigual brío y tenacidad se en-
frentaron en la redacción del Code de 1804: los ju-
ristas de la escuela antigua (Portalís, Tronchet, Ma-
leville), poco propicios a la formulación del prin-
cipio de publicidad recogido en la ley de 1798, y -
los partidarios de las nuevas doctrinas fundadas en
el principio germánico de publicidad de todos los ac-
tos relativos a la propiedad inmueble. El triunfo -
de la tesis retrógrada en la redacción del Código Ci-
vil supuso la abolición casi absoluta de este princi-
pio como base del régimen inmobiliario e hipotecario
El general disgusto entre los juristas más ilustra-
dos no se hizo esperar. Foelix, Troplong, Grenier, -
Mongalby, Dupin hicieron valer sus voces en distin-
tos feros. La propiedad territorial resultó perjudi-
cada; los recursos de casación se multiplicaron. En
busca de la ilustración necesaria para acometer la -

reforma, el Ministro de Justicia dirigió una Circular notable, en 7 de Mayo de 1841, al Presidente del Tribunal de Casación, a los Presidentes de los Tribunales de apelación y a las Facultades de Derecho, en la que exigía dictamen a varias cuestiones, entre las que ocupaba un lugar primordial ésta: si debería autorizarse la cesión del derecho de hipoteca por en doso en una forma semejante a la establecida en el Código Hipotecario de 1795. Resultado de lo cual sería el Proyecto presentado por el Ministro de Justicia el 4 de Abril de 1850, entre cuyos tres objetivos principales se enunciaba el de "facilitar el desarrollo del crédito territorial autorizando la cesión o transmisión de hipotecas por endoso". La Asamblea sería disuelta por el Presidente de la República el 2 de diciembre de 1852 sin que hubiese sido aprobado el Proyecto. La oposición operó con dos elementos distintos, dentro y fuera de la Asamblea: los defensores de la intangibilidad del Code y el grupo de economistas, de poderoso influjo en la opinión pública. Magistralmente lo ha expresado Oliver "Á tal extremo llevaron los áulicos del César francés el ensalzamiento de la gloria napoleónica simbolizada en el Código Civil, que no vacilaron en afirmar en documento oficial, que, si para el planteamiento de las instituciones de crédito territorial hubiese sido preciso e inevitable modificar dicho Código, hubiera sido preferible renunciar a esta mejora, absteniéndose de incurrir en la temeridad de po

ner la mano sacrílegamente sobre sus disposiciones -
Para legitimar estos juicios tan exagerados llega-
ron a decir, con énfasis propia de la más servil edu-
cación, que el Código Civil era la más hermosa con-
quista de los tiempos modernos, y que era una obra -
llevada a cabo por un genio universal y por una plé-
yade de jurisconsultos que la historia del mundo -
ofrece pocas veces reunidos" (4).

Por doquier en los textos transcritos aflora la -
confirmación de esta tesis: que la E. de M. no se es-
tá refiriendo a la hipoteca en garantía de letras de
cambio, sino que combate la aplicación sistemática -
de la técnica del endoso a la cesión de los créditos
hipotecarios por cualquiera de los siguientes proce-
dimientos:

a) Creando un título real que incorpore la hipote-
ca, como la letra de cambio incorpora el crédi-
to cambiario: "No participa de estas ideas la
comisión; cree por el contrario que está eriza-
da de dificultades la asimilación de un contra-
to hipotecario al contrato de cambio"."...si -
se quiere llevar a las transacciones civiles -
los principios y formas de las comerciales, se
desnaturaliza el derecho", "los créditos hipo-
tecarios... no admiten por su misma naturaleza
la movilidad de las letras de cambio y de los
pagarés a la orden";

b) Mediante el sigilo del documento privado:"...

por única ventaja el menor coste de la transmisión, ventajas bien mezquina al lado de los inconvenientes que lleva consigo el sistema del endoso. No es el menor lo que se presta a falsificaciones de descubrimiento difícil y a veces hasta imposible", "que la transferencia del crédito hipotecario se haga por escritura pública para evitar los fraudes a que pueden dar lugar los documentos privados poco adecuados siempre para la adquisición...";

- c) Instrumentando las primeras copias de las escrituras públicas como valores endosables:
"porque nadie que tome el crédito dejará de hacer antes serias y detenidas investigaciones respecto al valor y circunstancias de la hipoteca".

En definitiva, se trata de evitar con ello que la simple "traditio nominativa" de un documento, sea éste título real, escritura pública o documento privado, venga a arrogarse con la función del Registro:
"que se inscriba el contrato (de transferencia del crédito) en el Registro, porque en él debe constar todo lo que modifica el crédito hipotecario y las obligaciones que produce"

La bondad de este punto de vista resulta rubricada por diversas contraposiciones entre la adaptación del mecanismo cambiario a los contratos hipotecarios y el funcionamiento del puro mecanismo cambiario:

"Por esto la transmisión por medio de endoso, si ha de conservar su condición general de obligar a todos los endosantes, no se acomoda bien a los contratos hipotecarios"; "Cuanto más circula una letra de cambio, más confianza inspira, porque cada firma de un endosante es nueva garantía para los que después la reciban; pero si al endoso de los créditos hipotecarios se quita la responsabilidad de los endosantes." "No sirve decir que este temor (de falsificaciones) no es probable como se demuestra con las letras de - cambio y pagarés a la orden".

¿Por qué entonces la "opinio communis doctorum" - afirma que la Ley Hipotecaria de 1861 rechazó la hipoteca cambiaria? Consideramos básica la respuesta a este interrogante, por cuanto no sólo sus revelará - los motivos por los cuales la doctrina ha mantenido ese criterio negativo, sino, sobre todo, por cuanto que nos filtrará el deformado concepto que se tuvo y se sigue teniendo en torno a la hipoteca cambiaria. A las razones históricas se sobreponen las motivaciones dogmáticas.

Es irrefutable que la exigencia contenida en el - artículo 153 de la ley, párr.1º ("El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse a un tercero en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro") venía a imposibilitar la - transmisión de la hipoteca cambiaria por endoso.

Pero nada se oponía a su constitución en favor del - tomador. Además, dicente a la transmisión de la hi poteca cambiaria con relación a esta ley conviene ha - cer algunas puntualizaciones:

- a) Los inconvenientes constitutivos de la "ratio" del artículo 153, tal como fueron expuestos en la E de M, no son predicables de la hipoteca - cambiaria, según creemos haber demostrado.
- b) Aunque tanto el texto articulado como la E de M consagraron la accesoriedad de la hipoteca - respecto del crédito (5), tal accesoriedad no se ha considerado siempre como desencadenante de la transmisión automática de la hipoteca - con el endoso de la letra. Es más, en Alema - nia la doctrina de la transmisión automática - no empezó a tener consistencia hasta su defen - sa por Hirsch en un célebre artículo publicado en 1931 (6), y se fundamentó en las normas so - bre la cesión ordinaria. Aún después de la nue - va "Wechselgesetz" de 1933, que en su artículo 14 establece terminantemente que "el endoso - transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio", ha habido un sector doctri - nal (Staub, Stranz)(7) para quienes el proble - ma de la transmisión de la hipoteca debe ser - resuelto caso por caso, habida cuenta de la - efectiva voluntad de las partes, si bien reco - nocen que a favor de la transmisión de la hipo - teca existe una presunción fundada sobre la -

circunstancia de que el endoso también produce los efectos de una cesión ordinaria. Si esta opinión se mantuvo frente a un precepto tan lapidariamente favorable a la transmisión forzosa de la hipoteca con la letra ¿por qué no podría ser mantenida en nuestro estado legislativo de 1861 ?.

- c) Tampoco había precepto alguno que prohibiese -ceder el crédito hipotecario-cambiarlo mediante el mecanismo normal del artículo 153. (si -se admitía la cesión de la propiedad de la letra por medio del Derecho Común ¿por qué no -los derechos accesorios ?), siempre que la letra fuera endosada a la misma persona que figurara como cesionaria en la escritura y en la -inscripción.

Respecto a la segunda cuestión; sin perjuicio del análisis pormenorizado de la cuestión de la pretendida asimilación funcional de la hipoteca a la letra -de cambio en otro lugar, bástenos, por ahora, volver a la misma E de M para, desde ella, deshacer el entuerto.

- B) La exposición de motivos de esta ley, inconscien
temente, formula una delimitación negativa de la
hipoteca cambiaria

No creemos incurrir en una petición de principio

si afirmamos que de una lectura "contrario" de la E de M se infiere que la hipoteca no es víctima de los maleficios que tan certera y equitativamente conjunra el redactor a la asimilación entre el contrato de hipoteca y el contrato de cambio. Petición de principio -como hace la doctrina- sería defender una postura negativa en la E de M, respecto de la hipoteca cambiaria, sobre la base de una asimilación entre el acto de cambio y el contrato hipotecario, sin demostrar que aquella implique ésta.

Con textos como "nada hace el legislador con dar a una obligación civil el caracter y los efectos de una obligación mercantil, cuando la naturaleza de ellas es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone a la voluntad del legislador", se nos está reconociendo, junto a la humildad de la ley frente a la naturaleza de las cosas, la sustantividad del crédito hipotecario. Se la domina obligación más -creemos- para resaltar la contraposición con el caracter mercantil que como manifestación de un criterio científico sobre la naturaleza del mismo. Y si la "esencia de las cosas" prevalece frente a la voluntad del legislador, "a fortiori" ha de sobreponerse a la del interprete. La hipoteca no es desnaturaliza por el hecho de garantizar una letra de cambio, aunque perdería su identidad y se mercantilizaría si se fundiera en esta con tal intensidad jurídica que ambas - - - -

formaron una sola obligación y un mismo título de -
constitución. A este título real y no a la hipoteca -
cambiaria, no debe alarmarse porque le imputemos un
concepto rigurosamente correlativo, pertinente y con-
gruente con semejante punto de vista.

C) Se sanciona la finalidad económica primordial de -
la hipoteca cambiaria en cuanto a vehículo de mo-
vilización de activos hipotecados.

Tras dejar sentado que la comisión tiene concien--
cia de la necesidad de dar a los capitales prestados
sobre bienes inmuebles una actividad en la circula-
ción de la que entonces carecían, añade: "Pero esto -
no se consigue con disposiciones legales de la natu-
raleza de la que acaba de ser examinada, ni por me-
dios que quepan dentro de la ley de Hipotecas". El re-
dactor, con estos términos, se está refiriendo no ya -
al "prestamo hipotecario", exponente por excelencia de
la necesidad de promulgar una ley de Hipotecas, sino
a un procedimiento que permite poner en circulación -
el capital representado por las garantías hipotecarias

ya existentes, en orden a una rápida recuperación de la liquidez de los prestamistas. Y esto sin desprenderse de las garantías hipotecarias, poniéndolas al servicio de una emisión de obligaciones territoriales. ("emitiendo obligaciones territoriales... en cambio de las garantías hipotecarias") negociables como los efectos al portador.

No se trata, pues, de un argumento jurídico al que nos acogamos para justificar la buena disposición del legislador hacia la hipoteca cambiaria, sino de un indicio suficientemente expresivo de sus buenos ojos para con la finalidad económica que esta podría cumplir. Y ello aunque tales ideas quedaran en mero enunciado de propósitos, debido sin duda a unas connotaciones mercantiles y bancarias ("entre capitalistas y propietarios... instituciones intermedias") que desbordaban el espíritu de la ley de 1861, y pese a constituir un procedimiento indirecto y masivo de hacer circular los activos hipotecarios, frente a las características inmediatas y, más o menos, aisladas de una tal movilización en las hipotecas cambiarias.

B) Ley de 21 de diciembre de 1869

Artículo 153: "El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se

dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro.

El deudor no quedará obligado por dicho contrato á más que lo estuviera por el suyo.

El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente. (hasta aquí como en la ley de 1861).

Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación ó con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro".

Artículo 82, párrafo 2º: "Las inscripciones de hipotecas, constituidas con el objeto de garantizar títulos transmisibles por endoso, se cancelarán presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual dice constar haberse inutilizado en el acto de su otorgamiento los títulos endosables, ó solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, á la cual se acompañen taladrados los referidos títulos. Si alguno de ellos se hubiesen extraviado, se presentará con la escritura ó con la solicitud testimonio de la decharación judicial de no tener efecto. El Registrador deberá asegurarse de la identidad de las firmas y de las personas que hubieran hecho la solicitud".

* En el preámbulo de dicha ley puede leerse : "Con el objeto también de facilitar el crédito territorial, se propone en la nueva ley de reforma del artículo 153 de la de 1861 en el que se establece que únicamente por escritura pública puede enajenarse ó cederse el crédito hipotecario : Aunque son de mucho fuerza las razones que sirvieron de fundamento al citado artículo, en la actualidad es indispensable su reforma, ya porque algunas sociedades de crédito han hecho uso del hipotecario para emitir obligaciones transmisibles por endoso, ya porque se ha autorizado á los concesionarios de los ferrocarriles para la emisión de títulos al portador garantizados por hipoteca, y ya en fin, porque algunos grandes propietarios han principiado á utilizar el crédito territorial, emitiendo obligaciones hipotecarias endosables y amortizables a largos plazos. Si para la circulación de las referidas obligaciones fuese precisa la escritura pública, como lo es para constituir la hipoteca, el derecho hipotecario sería ilusorio. En algunos casos porque no fuera posible otorgarse dicho documento y en otros porque se negaran á ello -- los interesados por lo gastos que habría de ocasionarles. Para el objeto de la ley hipotecario, para el crédito territorial, lo esencial es que el registro de á conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que sea absolutamente necesario que se designen las personas que tienen derecho á exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, lo cual se acreditará en los tribunales de justicia cuando sea ---

oportuno. Pero la reforma del citado artículo exige - la adopción de algunas medidas que se proponen en la nueva ley para que las hipotecas de que se trata no - puedan cancelarse perjudicándose á los interesados en ellas, ya que no son conocidos por el registro."

Considera la doctrina que esta ley de 1869 adoptó - una postura opuesta a la de 1861 dando el placet legal a la hipoteca cambiaria y regulando su transmisión(8)

A nuestro juicio, la ley de 1869 no encarna una actitud antitética, sino complementadora de la ley de -- 1861. No se opone a ésta, sino que desarrolla sus principios, ocurre, sin embargo, que hay una trasposición del plano sobre el que, ahora, se proyectan los mismos ideales de fomento al crédito territorial y cesión de créditos hipotecarios consagrados en la anterior ley - de 1861. No se plantea ya el endoso como sistema general de transmisión de los créditos hipotecarios, sino la necesidad de dar cauce legal a la práctica de constituir hipotecas en garantía de obligaciones transmisi**ble**s por endoso y al portador, tal como venían haciendo las compañías concesionarias de ferrocarriles (9)- algunas sociedades de crédito y grandes propietarios.

Mas que rupturista, con relación a la Ley de 1861, es la de 1869 continuista de su espíritu innovador y acomodaticia de su articulado con la vida, jurídica, al menos en lo que atañe a estas hipotecas. Son varias - las razones para pensar así.

En primer lugar, se mantiene intacto el texto legal anterior en el articulado 153 LH, agregándosele un nuevo párrafo. Añadido de lo particular, no reforma novatoria de lo global-general. El párrafo cuarto es un --desenvolvimiento "in extremis " de la razón que inspira los tres precedentes. La Base VIII del anteproyecto de Bases para la redacción de la ley aprobado en 1868 establecía : "Cuando se constituya una hipoteca para --garantizar créditos transmisibles por endoso según la ley, el Derecho hipotecario se entenderá transmitido --por el mismo endoso si éste la firma al deudor con el endosante". Esta fórmula, que no prosperó, cuajó en la redacción definitiva de la ley y ponía en evidencia la preocupación del legislador por el conocimiento del --deudor en la transmisión del crédito hipotecario.

No es, sin embargo, necesaria la firma del deudor con el endosante (para que se entienda transmitida la hipoteca) como manifestación de un conocimiento coetáneo que huelga y es desbordado por la firma del deudor como obligado cambiario, en la que ya queda exteriorizado ese conocimiento. El conocimiento por el deudor de la cesión del crédito hipotecario y su inscripción en el Registro, persiguen respectivamente, evitar la exoneración de responsabilidades del deudor en el --caso de que efectue el pago al cedente, siendo una circunstancia impeditiva del pago legítimo y libertario como no se haga al cesionario, y dotar de significación real al crédito del nuevo acreedor hipotecario al tiempo que se le legitima registralmente. Pues ---

bien, en las hipotecas en garantía de títulos valores no quedan deudor y acreedor despojados de esa seguridad, sino que la obtienen por otra vía que ellos voluntariamente y "a nativitate" aceptan. Ni deudor ni acreedor corren riesgo alguno de indefensión si se atienen al régimen jurídico de circulación de los títulos que cuenta con su propio sistema de autotutela. Por esta razón el párrafo cuatro del art. 153 (artículo 150 en la legislación vigente) no constituye una excepción a una regla general - la de los tres párrafos anteriores (hoy artículo 149) - sino reconocimiento en la aplicación del régimen jurídico de los títulos valores. Recurriendo a una licencia fiscal diríamos que no es esta hipoteca un acto "exento", sino "no sujeto" a la regla positivizada en los tres primeros párrafos del artículo 153.

En segundo lugar, el expreso reconocimiento de la importancia de la finca por cima de la indeterminación de los acreedores ("lo esencial es que el registro de a conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que sea absolutamente necesario que se designen las personas que tienen derecho a exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, lo cual se acreditará en los tribunales de justicia cuando sea oportuno") estuvo también presente en la L de M. de la Ley de 1981, según vimos (10).

En definitiva, podemos decir que si la ley de 1861 no prohibió expresamente la constitución de hipoteca

cambiarias ni su transmisión por escritura pública e inscripción, aunque vetó por derivación su cesión por endoso, la ley de 1869 no admitió explícitamente la hipoteca cambiaria, aunque la propició, al sentar las bases legales para su transmisión por endoso y regular un procedimiento que diera certidumbre a su cancelación. Pero ni una actitud ni otra fue impulsada o estuvo predeterminada por la hipoteca cambiaria.

C) Código Civil

El C.C. sanciona la constitución de hipotecas en garantía de toda clase de obligaciones, con lo que, si aun cupiera la duda por no referirse la ley de 1869 expresamente a las letras de cambio, se confirma, por este portillo sin límite genérico, la legalidad de la hipoteca cambiaria. Estatuye el Art. 1861 : "Los contratos de prenda e hipoteca pueden originar TODA CLASE de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria". En el mismo sentido el art. 1878 establece : "El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley ". ¿Qué ley ha de ser esta? Entendemos que se refiere a la ley Hipotecaria y, concretamente, al artículo 153. No obstante, en el caso de que la ley de 1869 no hubiera incorporado el nuevo párrafo relativo a los títulos valores, también podrían cederse por endoso estos créditos hipotecarios, pues la hipoteca sigue al crédito - regla civil o hipotecaria - y éste se trans

mite por endoso - regla mercantil -. Habiendo sido pú
blicado el Codido Comercio en 1885 no verian inconve-
niente en aplicar la remisión que el artículo 1878 en
comienda a la ley, a la contenida en el Código de Co-
mercio.

D) Ley de 1909

Artículo 154 : " La constitución de hipotecas para
garantizar títulos transmisibles por endoso o al por-
tador deberá hacerse por medio de escritura pública ,
que se inscribirá en el Registro de la Propiedad a -
que correspondan los bienen que se hipotequen, o en -
el del arranque o cabeza de la obra pública, cuando -
sea de esta clase la garantía hipotecaria, haciendose
en este caso breve referencia en los demás Registros
por cuyo territorio atraviere aquella, a continuación
de las inscripciones de referencia de la de dominio ,
que deben constar en los mismos.

Con dicha escritura habrán de configurarse, además
de las circunstancias propias de las de constitución
de hipoteca, las relativas al número y valor de las o
bligaciones que se emitan y que garanticen la hipote-
ca; la serie o series a que correspondan; la fecha o
fechas de la emisión; el plazo y forma en que han de
ser amortizadas; la autorización obtenida para emitir
las, en caso de ser ésta necesaria, y cualesquiera o-
tras que sirvan para determinar las condiciones de di
chas títulos, que habrán de ser talonarios; haciendo-

se constar expresamente, cuando sean al portador, qué queda constituida la hipoteca a favor de los Tenedores presentes o futuros de las obligaciones.

En los títulos deberá hacerse asimismo constar la fecha y Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de sus inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad y en el Registro Mercantil, cuando así proceda, con arreglo a lo prevenido en el artículo 21, número 10 del Código de Comercio. " (11).

Art. 155 " El procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de los títulos, tanto nominativos como al portador, será el establecido en los artículos 131 y 55 de esta Ley, cualquiera que fuere el importe de la cantidad reclamada. Con los títulos ú obligaciones deberá acompañarse copia de la escritura de constitución de hipoteca y certificado de su inscripción en el Registro de la Propiedad y el requerimiento de pago al deudor ó al tercer poseedor de la finca, si lo hubiere, habrá de hacerse en el domicilio de los mismos, aunque no residan en el lugar del juicio, ó subsidiariamente, á las personas que expresa el art. 268 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de existir otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución, habrá de verificarse la subasta y la venta de las fincas objeto del procedimiento, dejando subsistentes las hipote

cas correspondientes al valor total de dichos títulos y entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas sin destinarse a su pago ó extinción el precio del remate, en armonia con lo dispuesto en los artículos 131, regla 8ª y 135 de esta ley, y quedando derogado lo que sobre este particular se establece en el art. 1517 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable a las obligaciones emitidas por las Compañías de Ferrocarriles y demás obras públicas y por las de crédito territorial, las cuales continuarán rigiéndose por las disposiciones del Código de Comercio y demás referente a las mismas."

El Reglamento de 1915 para la ejecución de la ley dispuso, en su art. 182 : "Las inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso, podrán cancelarse, total o parcialmente, mediante escritura pública, en la que se haga constar que obran en poder del deudor ó de tercer poseedor y debidamente amortizados, la totalidad ó la decima parte, por lo menos de los títulos emitidos ó la orden ". Pero el art. 2 de la ley de 8 de Septiembre de 1932 establecia que se modificara, de acuerdo con lo dispuesto en la misma, el artículo 173 del RH (12). Para dar cumplimiento a esta disposición se dictó la O. de 5 de Febrero de 1940 que dejó redactado el precepto en estos terminos: " Las inscripciones de Hipotecas constituidas en garantía de títulos transmi

sible por endoso, o al portador, podrán cancelarse total o parcialmente mediante escritura pública o acta notarial, en las que se haga constar que obra en poder del deudor, o de tercer poseedor, o de persona - que tenga interes conocido en la cancelación y debidamente amortizada la totalidad o la décima parte de - los títulos emitidos al portador o a la orden, o los equivalentes al total importe de la responsabilidad - por que éste afecta a la hipoteca una finca determinada, aunque dichas obligaciones no asciendan a la decima parte del total de la emisión.

Si la cancelación se verificase por decisión o providencia ejecutiva dictadas en el procedimiento ordinario, o especial, o en el que establece el parrafo - sexto del artículo 82 de la ley, se hará constar la - recogida o inutilización de los títulos de que se trate, por testimonio del Secretario que intervenga en - el procedimiento respectivo ".

La exigencia de ser títulos talonarios y tener doble matriz fueron alegados, por la doctrina de los autores y (de la Dirección General de los Registros y - del Notariado) como obstáculo insalvable para la aplicación de estos artículos a la hipoteca cambiaria. Sin embargo, la índole puramente accidental de la incorporación a última hora de estos requisitos ha sido agudamente captada por Fernández Cabaleiro: " En la - fase preparatoria de elaboración de la ley de 1909 (13) concretamente en el proyecto presentado por

el Ministro de Gracia y Justicia, Don Juan Armada López, se pretende suplir el vacío de la ley anterior , y a tal efecto se establece una norma exactamente igual en su redacción al artículo 154 de la ley vigente, excepto en cuanto a la exigencia de que los títulos habrían de ser talonarios (14). Es decir, con arreglo a aquella redacción, la hipoteca cambiaría no ofrecería obstáculo para su admisión en el Registro , puesto que en dicho proyecto no se hablaba de doble matriz ni de títulos talonarios. Sin embargo, la redacción definitiva del artículo 154 de la ley de 1909 por contemplar fundamentalmente la figura de la emisión de obligaciones y con objeto de acreditar la certeza de los títulos emitidos y garantizados con hipoteca, exigió el carácter de talonarios a los títulos por ser este un requisito necesario según el Código de Comercio. La incorporación puramente accidental de este nuevo requisito se desarrolló por el Reglamento, en el sentido de que los títulos tuviesen doble matriz. Ambas exigencias fueron indudablemente lógicas, ya que era imcomprensible acreditar que los títulos que forman la emisión son susceptibles de plena identificación en vista de todas las consecuencias registradas que de la hipoteca en garantía de los mismos pueden derivarse. Por ello se precisaba que en la escritura de hipoteca se presentase, por la persona o entidad deudora, al Notario autorizante, la totalidad de los títulos que constituyeran la emisión, firmando cuaderno o cuadernos talonarios, en los que los expresados títulos no hubiesen sido aún separados de sus -

respectivas matrices, requisitos que, como queda indicado, haⁿ pasado a la legislación vigente " (15).

La novedad de la Ley de 1909 no radica en el tipo de hipoteca que regula, respecto de lo cual sostene-
mos lo dicho para la ley de 1869, sino en el hecho de abordar específicamente los requisitos de constitu-
ción de la hipoteca en garantía de títulos valores .
En particular, las circunstancias especiales que de-
ben consignarse en la escritura, junto a las propias de la constitución de la hipoteca, y la nota en los -
títulos expresiva de estar gerantizadas con hipoteca.

E) Legislación vigente

La legislación vigente en materia de hipotecas en garantía de títulos endosables se halla contenida en los artículos 150, 154, 155 y 156 de la ley Hipotecaria y 211 y 247 de su Reglamento.

F) LHM y PSD de 16 de Diciembre de 1956

Artículo 7 : "Podrá también constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, en garantía -
de cuentas corrientes de crédito o de letras de cam-
bio, con los requisitos que se establecen en los artí-
culos 153 y 154 de la ley Hipotecaria".

Artículo 15 : "La hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso se constituirá

por escritura, sujetandose a lo dispuesto en los artículos 154 y 155 de la ley Hipotecaria.

Artículo 77. "Las inscripciones se cancelarán en la forma prevenida en los artículos 82 y 83 de la ley Hipotecaria. Cuando lo sean de hipotecas mobiliarias en garantía de títulos endosables y al portador su cancelación se hará por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 156 de la misma ley.

Artículo 27 de su Reglamento : "La cesión del crédito hipotecario se notificará al deudor notarialmente. La notificación deberá hacerse en la inscripción de la cesión.

Se exceptúa de este requisito la transmisión de títulos al portador garantizados con hipoteca."

A juicio de Cano (16), realizando una interpretación literal del artículo 7 y partiendo de la postura que admite solo a efectos dialécticos, de que el legislador parte de la posición de que la hipoteca cambiaria ya aparece recogida en el artículo 154 de la ley Hipotecaria bajo la dicción genérica de títulos transmisibles por endoso, resultaría que el art. 7 de la L.H.M. limitaría el campo de actuación del art. 154 a sólo la letra de cambio : el artículo 154 regularía la hipoteca en garantía de cualquier título transmisible por endoso o al portador, incluida la hipoteca cambiaria; el art. 7 limitaría la hipoteca mobiliaria a sólo las letras de cambio. Reconoce ser una inter-

pretación forzada e insostenible en nuestro Derecho , ya que si sostenemos que la ley Hipotecaria regula la hipoteca cambiaria en su artículo 154, también la regulará el artículo 15 de la L.H.M., dada su identidad de expresión y su remisión al artículo 154. Mas entonces - añade - surge lo absurdo de la existencia del artículo 7, pues si la hipoteca cambiaria ya está en el artículo 15, ¿por qué regularla también con idéntica norma de remisión en el artículo 7 ?.

Si, por el contrario, se parte de la postura de que la hipoteca cambiaria no está regulada en el artículo 154, el artículo 7 - dice - resulta también bastante ilógico en su contenido, pues nos remite para regular la hipoteca cambiaria a un precepto que, precisamente, no contiene la regulación de la misma.

Ante esta imprecisión, adopta Cano la interpretación del artículo 7 como una " confesión" del legislador de que tal hipoteca no estaba comprendida en el indicado precepto y la introduce como novedad la LHM. y PSD.

Y concluye:

- a) La ley Hipotecaria no reguló la hipoteca cambiaria en el artículo 154,
- b) La LHM y PSD, aunque con notoria imprecisión , ha dado entrada a esta figura jurídica en su artículo 7;
- c) La remisión al artículo 154 no puede entenderse

de modo directo, sino simplemente como análoga ca.

La interpretación de Cano conduce irremisiblemente a la segunda postura que él mismo combate y no salva el inconveniente de una remisión" para regular la hipoteca cambiaria a un precepto que, precisamente, no contiene la regulación de la misma". Los argumentos lógicos de poco sirven si no enhebran verdades sustantivas (17). Tachar de reiterativos a los artículos 7 y 15 de la L.H.M. a menos que se admita que la hipoteca cambiaria no está comprendida en el artículo 154 es una petición de principio.

Ante todo, hemos de indagar la razón determinante de esa diversificación de ambas disposiciones en dos artículos distintos y descubriremos, en seguida, que los artículos 7 y 15 no son reiterativos, sencillamente porque contemplan dos cuestiones distintas : el primero, la hipoteca de máximo en garantía de cuentas corrientes o de letras de cambio; el segundo, la hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso. Razón por la cual la remisión del art. 154 es, en el primer caso análogica (18) y, en el segundo, directa.

Efectivamente, el artículo 7 de la LHM estatuye : "... en garantía de cuentas corrientes o de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en los artículos 153 y 154 de la ley Hipotecaria". En la me-

ra literalidad del precepto late la idea de un género (hipoteca de máximo) con dos especies (en garantía de cuentas corrientes o ... de las letras de cambio), así como la posibilidad de aplicar, en algún aspecto, las reglas del artículo 153 de la L.H. a las hipotecas en garantía de letras de cambio.

Don Felipe Sánchez Román, en un discurso pronunciado el 25 de Mayo de 1908 en el Senado con motivo de la discusión preliminar de la ley Hipotecaria de 1909 decía: "Además, os habeis limitado á poner grandes reparos, á querer emplear las palabras más respetuosas con vuestro propósito a la ley de que se trata, y nos encontramos como novedad ... hasta cierto punto ... la "hipoteca en garantía de cuentas corrientes y crédito ¿Qué tendríamos que decir a esto?. Pues que hay algo ahí que no debe estar bien entendido, porque más que hipoteca en garantía de cuentas corrientes resulta hipoteca en garantía de cuentas de crédito. Que vosotros habeis confundido, haciendo una importación extraña, y habeis querido hacerla de hipoteca de seguridad del Código alemán, cuyo texto tengo aquí para comprobar lo que digo, olvidando que eso no se puede hacer, que aquella hipoteca de seguridad es de un carácter subsidiario de otras que se llama hipoteca en general."

Esta reflexión nos ayuda a comprender que letra de cambio, crédito, cuenta corriente, sean conceptos que aparecen insistentemente revueltos en la práctica bancaria y en los recursos que hubo de resolver la Direc

ción General de los Registros y del Notariado (19).
Motivos ambos -práctico y doctrinal- que, sin duda, -hubieron de contar en la mención que de las letras de cambio hizo la ley y en la finalidad de esta mención (20).

Bastenos, por ahora, recordar la Resolución de 16 de Junio de 1936, que declara inscribible una escritura de constitución de hipoteca de maximum en la cual -sin ser concretamente en garantía de cuenta corriente de crédito- se asegura a favor de un Banco el saldo resultante de determinadas operaciones cambiarias y crediticias y se estipula que dicho saldo podrá fijarse por el establecimiento acreedor con arreglo a -sus libros de contabilidad. Esta Resolución en su considerando 4º establecía que "como consecuencia de las diferencias apreciadas entre una y otra hipoteca, ha de estimarse inaplicable, a la que es objeto de la escritura, la limitación, en cuanto al tiempo, establecida en el artículo 153 de la ley (21), para la que asegura cuentas corrientes de crédito, y en cambio, por ser idéntica la posición de ambas en lo relativo a la fijación del saldo, no hay inconveniente en admitir -la aplicabilidad de este artículo en lo que a este particular se refiere".

Por otra parte, la LHM y PSD, establece en su artículo 8 una regla general ("El crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento -podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura, en todo caso, con los requisi

tos y efectos de los artículos 149 y 151 de la Ley Hipotecaria " (22) frente a la cual constituye una excepción el artículo 27 de su Reglamento ("La cesión de crédito hipotecario se notificará al deudor notarialmente. La notificación deberá hacerse constar en la inscripción de la cesión. Se exceptúa de este requisito la transmisión de títulos al portador garantizados con hipoteca"). Es esta una excepción de ámbito doblemente restringido : sólo exonera de la notificación al deudor y únicamente a los títulos al portador ¿Quiere con ello decirse que toda cesión de hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles - por endoso requiere el otorgamiento de escritura pública seguido de su inscripción y que, en el caso de las hipotecas que garanticen letras de cambio es preciso, además, la notificación al deudor?.

La exención de la notificación notarial al deudor de haberse cedido el crédito es igualmente extensible a las hipotecas de máximo en garantía de letras de cambio. Ahora bien, mientras que, para los títulos al portador encuentra un apoyo expreso y directo en la legislación sobre hipoteca mobiliaria (art. 27 del Reglamento), en el caso de la letra de cambio sólo contamos con un soporte implícito e indirecto, pero suficiente, en esta ley de HM y PSD, a saber el mismo artículo 8 interpretado conjuntamente con el artículo 151 de la LH, al que se remite, y 150 de esta misma ley al que alude el anterior. El artículo 151 contie-

ne una proposición inicial autolimitativa de su campo de aplicación : "Si en los casos en que deba hacerse" y referida, indeleblemente al precepto que de inmediato le precede y que establece en qué casos no tiene - que darse conocimiento al deudor : el artículo 150 : "Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá - transferido, con la obligación o con el título, sin - necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro ".

El hecho de que el mismo razonamiento sea esgrimible para justificar la exoneración de escritura pública e inscripción en la cesión de hipotecas en garantía de títulos al portador y transmisibles por endoso no afecta al criterio sustentado de la independencia sistemática - reflejo de su configuración legal como de máximo - en la LHM y PSD de la hipoteca en garantía de letras de cambio frente a las anteriores. En efecto, lo que se debate es la concepción de la LHM. y PSD sobre la hipoteca en garantía de letras de cambio mencionadas en el artículo 7 desde los aspecto que de ésta incluye en su regulación, frente a los específicos (art. 27 Regl.) que la misma ley prevee para las - otras hipotecas en garantía de títulos al portador y transmisibles por endoso. Además la innecesariedad de escritura pública e inscripción para estas últimas - puede fundamentarse en la aplicación subsidiaria de -

de la ley Hipotecaria sobre la base del artículo 15 - de la LHM y 27 de su Reglamento, al guardar silencio éste en torno a los títulos endosables y a los otros requisitos de cesión de crédito hipotecario, todo ello al abrigo de la Disposición Final dada tanto para la ley como para su Reglamento (23).

Por otra parte, no creemos incurrir en ninguna incoherencia por el hecho de estimar aplicable el artículo 150 de la LH a la hipoteca de máximo en garantía de letras de cambio, después de combatir la asimilación entre esta hipoteca y las previstas en el artículo 15 de LHM. La aplicación de aquel artículo no supone la equiparación de una y otra ni el travase global del régimen jurídico de estas a aquellas, sino de algunos aspectos de ésta (constitución, art. 154. transmisión art. 150), de la misma manera que, en otros, cabra aplicar el régimen propio de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes. Y no solo el ya estudiado de la certificación acreditativa del saldo, También en sede de procedimientos de cancelación y ejecución de la hipoteca queda esta en cierto modo condicionada por tal exigencia. No en vano la remisión que el artículo 155 Ley Hipotecaria formula al art. 15 de LHM. para los títulos al portador y endosables, no aparece en el art. 7, para las letras de cambio. En este sentido, la Resolución de 21 de Marzo de 1917 excluyó los procedimientos judiciales sumario y extrajudicial para las hipotecas de máximo cuando en su consideración 4ª establecía : "Considerando que estas di-

ferencias (entre hipoteca ordinaria y de máximo) se reflejan de un modo importante en la cancelación, que generalmente depende de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos garantizados sin que baste la prueba de pagos parciales o totales, de los que se ajusten a los datos suministrados por la inscripción para provocarla; e igualmente en el procedimiento a que ha de ajustarse la acción para exigir el pago de cantidades o el cumplimiento de responsabilidades, que por la naturaleza, existencia incierta y total desconocido de la deuda o deudas contraídas por las múltiples excepciones que el Derecho Civil admite en contraposición a los rígidos preceptos de la hipoteca ordinaria y por la falta de título en que cristalice el derecho real mientras no se transforme la hipoteca de máximo, requiere desenvolvimientos procesales distintos de los establecidos por los artículos 131 y siguientes de la ley Hipotecaria y 201 de su Reglamento, para casos en que la deuda se halle determinada y sus modificaciones registradas. La resolución de 15 de febrero de 1926 : "siempre con la condición de que no se pacte el procedimiento judicial sumario para hacer efectivas deudas ilíquidas" (24). Con esto tampoco se defiende la asimilación de la hipoteca en garantía de letra de cambio del artículo 7 de LHM con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes; tan sólo ofrecemos indicios suficientes de su pertenencia a un mismo género-el de la hipoteca de máximo-precisamente en aquellos aspectos prácticos que dotan a ésta de su singularidad con

ceptual

Conclusión

El reenvío del artículo 7 de la LHM al 154 de la - LH pueda ser valorado formalmente como una remisión - ESTATICA, que deja intocada la proposición contenida en la norma remitida. Si algo añade el artículo 154 - de LH no es nada relativo a la admisión legal de la - hipoteca de soyo cambiaria sino a la constitución de hipotecas mobiliarias en garantía de letras de cambio en su modalidad de maximum, La hipoteca cambiaria, en su versión mobiliaria, queda en todo caso cubierta - por el artículo 15 de la LHM en el mismo sentido que desarrollaremos para el artículo 154 en su vertiente inmobiliaria, salvando las peculiaridades institucionales de aquélla como hipoteca recayente sobre bienes muebles.

Notas

- (1) Sic, por todos Roca Sastre: "La Ley Hipotecaria de 1861 no se ocupó de la hipoteca por títulos endosables (y al portador); no por olvido, sino por puro rechazo". "Variaciones sobre la hipoteca cambiaria" Estudios jurídicos varios Vol. 1. Centenario de la Ley del Notariado. Madrid 1964 pp. 240.
- (2) Con admirable precisión escribía el profesor Dualde: "La afirmación de que la ley es un ser vivo, y la otra afirmación equivalente, de que sólo hay voluntad en la ley y no voluntad de los autores de la ley, son inadmisibles, porque con ellas se aspira a proscribir el estudio de los precedentes, es decir, se aventura la fantástica empresa de abolir el principio de cansalidad, de hacer de la ley la causa -- primera, lo que es puro fetichismo, asimismo primitivo, que da alma y pensamiento propio de la ley, -- como en otro tiempo se dió a cosas materiales. Al prescindirse del legislador, la ley se convierte en un fenómeno sin causa; por lo tanto, en un fenómeno mágico. La mens legis" como sustitutiva de la --- "mens legislatoris", es incomprensible. Constituída la ley por palabras y conceptos, en ella ha de haber forzosamente una referencia a un sujeto o a una pluralidad de sujetos emisores. Una voluntad objetiva en este orden de ideas, es equivalente a un sujeto objetivo, es una contradicción" Cit. por Lacruz en "Concordancias", Prólogo

- (3) Bienvenido Oliver y Esteller: "Exposición fundamental y Sistemática de la Ley Hipotecaria", Tomo I, - Madrid, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, 1892. - p. 175 y ss.
- (4) Op. CT. p. 210.
- (5) Art. 105: "Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya refundidad se - constituyen, cualquiera que sea su poseedor". Y en la E de M puede leerse: "La hipoteca, además de ser un derecho real, es la garantía de una obligación, - y por lo tanto un contrato acresorio y subsidiario de otro principal" y "No desconoce la comisión que entre nosotros, á imitación del Derecho Romano, y - equiparando la hipoteca á la fianza, por la analogía que hay entre ellas de su igualmente obligaciones accesorias ...". Leyes Hipotecarias ... T.1 pp. 279 y 280.
- (6) "Die Macht der Gewohnheit in Wechselrecht", en --- "Festgabe für Heymann" Marburg, 1931.
- (7) J. Stranz y M. Stranz: Wechselgesetz, Berlín, 1952 p. 96 y Staub-Stranz: Kommentar Zum Wechselgesetz, Berlín-Leipzig, 1934, p. 192. Cit.por Guclielmucci en "L'ipoteca cambiaria come garanzia extracartolare" Milano, 1966, p.22.

- (8) Roca "La ley H. de 21 de diciembre de 1869 adoptó una actitud opuesta a la de 1861..." "Una vez admitidas las hipotecas en garantía de obligaciones o títulos a la orden, dicha ley de 1869 introdujo las normas sobre transmisión de las mismas, la ley Hipotecaria de 1909 reguló su constitución, y la ley vigente estableció las reglas para la cancelación de las inscripciones correspondientes" . Este excesivo carácter parcelario en la reglamentación de la hipoteca cambiaria por sucesivas leyes queda, en parte, desmentido por el hecho de que la ley de 1869. también se ocupó de la cancelación de estas hipotecas.
- (9) La autorización a las Compañías concesionarias - de ferrocarriles, canales y demás obras públicas por Real Orden de 26 de febrero de 1867, facultaba a éstas para emitir obligaciones hipotecarias al portador, sin que las mismas fuesen inscribibles especial y determinadamente una por una, pero que, a fin de asegurar, con perjuicio de tercero, el derecho hipotecario que pueda establecerse a favor de las mismas, según las leyes de 3 de junio de 1855 y 11 de julio de 1856, deberá - constituirse en escritura pública e inscribirse - en el Registro de la Propiedad, indicando las circunstancias que en ella hubieran de constar y no siendo posible hacer constar el nombre y apellido de la persona o personas a cuyo favor se hace la inscripción, por tratarse de títulos al portador,

se suplira esta circunstancia exigida por el número 5º del artículo 9 de Ley Hipotecaria, expresándose que la hipoteca queda constituida a favor de los Tenedores de las obligaciones a que la escritura se refiere, y en la parte proporcional que a cada obligación corresponda. Con posterioridad a la ley de 1869 se regularon algunas aplicaciones específicas de la transmisión por endoso de las hipotecas. Así la ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 dispuso en su artículo 2 : "La hipoteca naval podrá constituirse a favor de persona determinada o a su orden, rigiéndose en cada uno de estos casos la transmisión del crédito hipotecario por los preceptos generales de los derechos que respectivamente le conciernen; pero todo endoso de crédito hipotecario naval habrá de inscribirse en el Registro para quien lo recibe por este medio pueda exigir su pago mediante el procedimiento que se establece en esta ley.

- (10) La hipoteca cambiaria cumple generosamente los límites del principio de especialidad, tal como este fue formulado por la E. de M. de la Ley de 1861 : "La hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes y no se entienda, como es muy común, a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que -

esta es pública, en cuanto está inscrita en el - Registro con individual expresión de la finca a que se afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad". Esta concepción de la especialidad ineludible para que - pueda materializarse la publicidad, responde al predominio del objeto ya sea de la hipoteca -finca hipotecada- ya de la obligación garantizada - crédito pecuniario - sobre cualquier otra consideración (subjetiva...) de ésta.

La configuración ulterior de una especialidad más expansiva no se corresponde con la idea de - especialidad en 1861, por lo que no puede esgrimirse como argumento de refuerzo de la tesis del rechazo de la hipoteca cambiaria en la primitiva ley de hipotecas.

- (11) El citado artículo, reformado por la ley 14/1975 de dos de Mayo establece : "En la hoja de inscripción de cada comerciante o Sociedad se anotarán: 10. Las emisiones de acciones, cedulas y obligaciones de ferrocarriles y de toda clase de sociedades, sean de obras públicas, compañías de crédito y otras, expresando la serie y número de - los títulos de cada emisión, su interés, rédito, amortización y prima, cuando tuviesen una u otra la cantidad total de la emisión, y los bienes , obras, derechos o hipotecas, cuando las hubiere,

que se afecten a su pago.

También se inscribieran, con arreglo a los preceptos expresados en el párrafo anterior, las emisiones que hicieran los particulares."

- (12) La ley 8 de Septiembre de 1932 adicionó un enunciado final al artículo 82 de la ley Hipotecaria ordenado a posibilitar la cancelación parcial de la hipoteca constituida en garantía de títulos - endosables o al portador, cuando el importe de - los títulos amortizados fuese bastante a levantar la garantía cubierta por alguna de las varias fincas hipotecadas.
- (13) En la "Prehistoria parlamentaria" de esta reforma, se encuentran, fundamentalmente tres proyectos : uno de 1888, firmado por D. Manuel Alonso Martínez y reproducido en la legislatura 1889 - 1890, como Proyecto de ley aclarando la inteligencia de varios artículos de la ley Hipotecaria otro de 1894, firmado por D. Trinitario Ruiz y - Capdepón, "aplicando a la Península las modificaciones introducidas en la ley Hipotecaria de Ultramar" y en tercero, de 1903, que se presentó - siendo Ministro de Gracia y Justicia D. Francisco de los Santos Guzmán. Este último, llegado - del dictamen de la comisión, se llamaba ya " Reforma dela ley Hipotecaria". Ninguno de estos - proyecto tuvo curso en el congreso, leyes Hipote

carias... I , II p. 213.

- (14) Artículo 11 del Proyecto : "La constitución de - hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso ó al portador, deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en - el Registro ó Registros de la propiedad á que correspondan los bienen que se hipotequen ó en el del arranque ó cabeza de la obra pública, cuando sea de esta clase la garantía hipotecaria, haciendose en este caso breve referencia en los demás Registros por cuyo Territorio atraviere aquella, a continuación de las inscripciones de referencia de la de domicilio, que deba constar en los mismos

En dicha escritura habrán de configurarse, además las circunstancias propias de las de constitución de hipoteca, las relativas al número y valor de las obligaciones que se emitan y que - garanticen la hipoteca; la serie o series á que correspondan; la fecha o fechas de la emisión; el plazo y forma en que han de ser amortizadas; la amortización obtenida para emitirlas, en caso de ser esta necesaria, y cualquiera otras que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos, haciendose constar expresamente cuando - sean al portador, que quede constituida la hipoteca a favor de los tenedor de las obligaciones en los respectivos Registros de la propiedad y - en el Registro Mercantil, cuando así proceda, con

rreglo a lo prevenido en el art. 21 núm 10 del -
código de comercio.

- (15) Fdez. Cabaleiro RCDI, nº 501, p, 338.
- (16) Ponencias y Comunicaciones. Centro de Estudios -
Hipotecarios. Tomo 1, Madrid 1975 pp. 586 y 55.
- (17) De Castro, compendio de Derecho Civil. p. 108 "
Las llamadas reglas lógicas sólo sirven para dar
énfasis a los verdaderos razonamientos. Se dice
una ley no puede entenderse de modo que conduzca
a la contradicción y al absurdo ("reductio ad ab
surdum"); pero solo puede hablarse de absurdo -
desde una finalidad de la ley ya admitida."
- (18) Sin Sic. el art. 7 contienen una remisión directa
al art. 153 y no solo en cuanto a la hipoteca e
garantia de cuentas corrientes de crédito, sino
tambien para la letra de cambio.
- (19) Especialmente Ress. 21 Marzo - 1917, 10-XI-1925,
5-III-1929, 16-IV-1936, 5-II-1945.
- (20) Aldama y Erloz al tratar la hipoteca en garan-
tia de cuentas corrientes escribe : "Las venta-
jas de no tener que satisfacer estos (los interes
ses) más que por la cantidad representada por -
las formas de que el hipotecante dispuso, y el -
tener este siempre a su disposición el importe -
de su crédito hace que por si solo se recomienda

el procedimiento y sea digno de aplauso lo que - la ley dispone, sin embargo, creemos que con la facilidad que en esta materia dan los bancos a - los particulares, operando sobre otra clase de - valores..." Reforma Hipotecaria p. 113.

- (21) Ley Hipotecaria - de tres años como tope exigido por el párrafo primero del artículo 153 tal como quedo redactado en la ley de 1909 "Podría constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos, determinandose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada, no pudiendo abrirse aquella por un plazo mayor de tres años; pero podrá esta prorrogarse por plazos que no excedan del tiempo indicado y mediante escritura, por convenio entre acreedor y deudor". Pares ("Hipoteca en garantía de cuentas corrientes "RDP nº 52 p. 12) y Guimera Peraza ("Hipoteca de máximo y letras de cambio ", Res Jur. de cat, 1954) extienden, el primero tímidamente ("... tendría en cuenta el legislador...") el segundo contundentemente ("... el fundamento más seguro del art. 153 de la ley Hipotecaria..) que hay una relación directa entre aquel plazo - de tres años y el que señala el artículo 950 como plazo de prescripción de las acciones cambiarias. Sin desdeñar el apoyo que estas tesis prestarían al punto de mira que sostenemos, no las - creemos admisibles por la distinta significación

juridica del plazo del artículo 153 (plazo de duración de la obligación garantizada y, por ende, del vencimiento de la hipoteca) y el del 950 del C.de C. (plazo de prescripción de las acciones - de aquellas derivadas, cambiarias, que, en todo caso de hipoteca de máximo en garantía de letras de cambio, ha de tomar como computo inicial el - de su vencimiento, es decir, el termino del plazo a que se refiere el art. 153.)).

- (22) Art. 149 : "El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se de - conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo.

El cesionario se subrogara en todos los derechos del cedente.

Art. 151 : "Si en los casos en que debe hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente - responsable de los perjuicios que pueda sufrir - el cesionario por consecuencias de esta falta".

- (23) "En todo lo no previsto en la ley de 16 Diciembre de 1954 y en el presente Reglamento se aplicarán subsidiariamente las normas de la legislación hipotecaria, en cuanto sean compatibles."

- (24) Si así fuere, la derogación de la LHM, como ley -
remitente, traería consigo la desaparición de la
hipoteca cambiaria, supuestamente introducida -
por dicha ley, lo cual es absurdo.

CAPITULO II

ANALISIS SINCRONICO:(1)

"Ratio Hipotecaria"

No hay una evolución en la sucesión de leyes en lo afectante a la terminología utilizada ("Títulos u obligaciones transmisibles por endoso o al portador"). Un examen sincrónico, "hic et nunc", unidimensional, interno, estático, de las normas en cuestión habría, -- pues, de conducirnos a idénticas conclusiones que el análisis diacrónico, externo, evolutivo, ya efectuado. Pero no es exclusiva de éste descubrir la causalidad de un precepto. También la visión simultánea, totalizadora, se impregna de causalidad. Se trata, no obstante, de una causalidad de otra índole, referida no a la constatación de datos externos y a su conexión con el articulado, sino a la búsqueda de su "ratio". Esta peregrinación intelectual no corre paralela al factor tiempo, aunque es concrescible en él. Cruzamos el tiempo en perpendicularidad, observamos nuevas prácticas jurídicas en la subitaneidad de ese tránsito y las estudiamos desde la horizontalidad de las normas.

No se trata ya de averiguar si el legislador pensó en la hipoteca cambiaria en el momento de redactar el articulado ("voluntas legislatoris" "occassio legis"), sino si lo que dice en éste debe ser aplicable a aquella ("ratio legis", "mens legis"). La expresión "títulos transmisibles por endoso" dispensaría, a primera -

vista, de cualquier indagación ulterior, por ser la letra el título endosable por autonomasía. El brocardo - "in claris non fit interpretatio" recibe, empero, el - correctivo impuesto por nuestros clásicos: no conten - tarnos con la "curtex scripturarum", penetrar en la - "medulla rationis". Esta actitud pone de manifiesto la necesidad de una interpretación previa a la claridad, "según el sentido propio de las palabras en relación - con el contexto, los antecedentes históricos y legisla - tivos, y la realidad social del tiempo en que han de - ser aplicados atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas "(2). Como se ha visto, de a - cuerdo con los antecedentes históricos y legislativos, no parece que la hipoteca cambiaria propiamente tal - haya motivado al legislador al redactar el articulado de la ley, ni para admitirla ni para repudiarla (3) - ¿"Quid" los demás criterios hermenéuticos? Del "contex - tual" ha derivado la doctrina (4) el fundamental obstá - culo para no reconocer admitida la hipoteca cambiaria en el artículo 154, aunque, tras calificarla de laguna legal, mantiene su aplicabilidad por analogía(5).

Los términos -como las instituciones jurídicas- no son unidades herméticas y aporíticas. Existen variaciones ("transformaciones") operadas a través del uso de la lengua como exponentes de la realización del estado - lingüístico mismo. Parejamente, la permanencia de la - ley escrita no sólo se compatibiliza, sino que se ex - plica por la variabilidad de su contenido. Esta no comporta modificación de la norma en cuanto tal, sino su

propia realización en la estructura dinámica del Derecho, que no es un compuesto de momificaciones lógicas, sino de criterios axiológicos que, a favor de tales, - son susceptibles de adecuación a la realidad social so bre la que se proyectan. Lo cual, sin embargo, no debe constituir "a se" una apriorística barrera metodológi - ca, sino un cautivador reto final.

"Ratio hipotecaria" de los arts. 150, 154, 155 y 156

Entre los distintos niveles de incardinación de los títulos valores en el ordenamiento jurídico, aquel que preocupa a los efectos de garantizarlos con hipoteca - es, evidentemente, el de su configuración como exponentes de una conexión formal derecho-documento.

Las alusiones del articulado a las obligaciones en serie (talonario, doble matriz, emisión, autorización) son tangenciales al mecanismo que diseñan para estas - hipotecas. Las circunstancias de ser nominativas, a la orden o al portador o de proceder de un contrato de e - misión no pertenecen a su estructura, que es la de to - do título valor, sino a su contenido. Entiéndase, no - es que la forma de emisión sea una faceta extrajurídi - ca de las obligaciones en serie, sino que es externa - al propósito normativo de los preceptos en tanto que - hipotecarios. Constituyen estas menciones un espacio - de exterioridad de condiciones con que cuentan y - del que parten estos artículos en sus disposiciones - concretas. Son, sin embargo, extrañas a su finalidad,

puesto que ya no tienen en los preceptos en cuestión - su fuente de exigibilidad ni pertenecen a su círculo - intrajurídico. La regulación hipotecaria contenida en arts. 154 y ss. y concordantes del Reglamento no se vertebra sobre el supuesto de obligaciones emitidas en series, sino sobre aquéllo que éstas tienen de títulos valores. He aquí la "ratio hipotecaria" del artículo.

La relación de datos consignados en la ley es un puro trámite de la regla de determinación y especialidad de la hipoteca. Proyectadas sobre las letras de cambio, esas mismas superiores exigencias que inspiren el artículo 154 imponen la constatación de diferentes circunstancias. La razón del sistema se complace con que la norma positiva apadrine el acogimiento de nuevas figuras en el ámbito de su normativa (6).

Roca Sastre intuyó la importancia primordial del título-valor sobre la secundaria de la indeterminación - de titulares, pero por camino equivocado y desvíos contradictorios. El autor, que parte de la idea de incorporación del derecho (de crédito) al documento en la - hipoteca-valores, afirma que "lo que caracteriza estas hipotecas, no es que se constituyen en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, sino en su precisamente hipotecas en garantía de títulos-valores, siendo indiferente en principio que estos títulos sean nominativos, a la orden o al portador", para venir a sostener precisamente donde la - idea debería hacerse actuante: " Por lo -

menos al no aludir el art. 155 de la ley Hipotecaria a títulos endosables, este precepto no es aplicable a la hipoteca cambiaria"(7)

El artículo 155 de la ley Hipotecaria es reflejo de la primacía del título y de la secundariedad de la emisión en el propósito normativo, y no, como ha pretendido algún autor (8), de la emisión como continente jurídico de la hipoteca, ni de una confusión legislativa - entre títulos y emisión. Circunscribir el fenómeno hipotecario a la emisión sería tanto como concebir una - emisión sin consideración a los títulos emitidos que - son su garantía.

El artículo 156, en fin, abre su redacción dándonos noticia del procedimiento de cancelación de las hipotecas en garantía de títulos endosables y de la necesidad de proveerse de los títulos para instarlo. La presencia ineludible del título es de nuevo requerida. Pero se espiritualiza la forma de comparecencia de la cosa, permitiéndosele concurrir figuradamente, mediante la constancia en la escritura de cancelación de haber sido instituídos los títulos.

La hospitalidad que brindan estos preceptos a la - hipoteca cambiaria no satisface las exigencias del nuevo díscolo inquilino. La hipoteca cambiaria goza de - tal fecundidad, que la variedad de vicisitudes con que puede sorprendernos no está ni lejanamente atendida en el articulado destinado a las hipotecas en garantía de

títulos valores. Esta fecundidad de la realidad, como reto a la penuria legislativa, sólo puede emparejarse con la plenitud de otro concepto no menos fecundo: el Sistema del Derecho(9).

Notas

- (1) Hernández Gil: "Metodología de la Ciencia del Derecho", II, especialmente pp. 211, 218 y ss. 240 y ss.
- (2) H. Gil: "La posesión", 1980 p. 646: "El sentido propio no queda subordinado a la angostura de la literalidad ... Es pecado de lesa gramática adscribirla al servicio de los estrictos significados literales. Una misma palabra puede no tener un sentido propio en exclusiva; podrán ser varios los sentidos propios, aunque sólo sea uno el que le corresponde según su empleo. Dependerá del lugar en donde aparezca, de la función que cumpla y de la combinación a que responda ... Por eso es pertinente como regla de hermenéutica lingüística y jurídica poner el sentido "en relación con el contexto" (la palabra está en el contexto desempeñando una función y ahí es preciso buscar su significación). Aunque lingüísticamente contexto es ya el sintagma respecto del lexema, a los fines jurídicos el contexto en su alcance más estricto está representado por el conjunto léxico que forma la norma. Dando un paso más está constituido también por varias normas relacionadas entre sí, y, finalmente, contexto, es asimismo el conjunto total o el sistema."

- (3) De Castro: "Derecho Civil de España" (p. 524): "Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al interprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos, los preámbulos expositivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de la de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan también, en cuanto datos sobre el origen de un precepto; pero la interpretación, como se ha indicado, busca conocer la finalidad actual de la norma, no la que tuviera en el momento de su origen, "occassio legio".
- (4) Roca ("Variaciones sobre hipoteca cambiaria". pp. 244 y 245) "La primera cuestión que dan estas particularidades de la legislación hipotecaria es que tal regulación concierne a las hipotecas que garantizan valores mobiliarios emitidos en masa, por un montante global, representativas de un empristito o préstamo colectivo, a base de unos títulos fraccionarios de igual valor y con idénticos derechos dentro de cada serie y transmisibles por endoso; pero no a las hipotecas en garantía de efectos de comercio que, como la letra de cambio, están girados para distintos fines, son también transmisibles por

endoso y reflejan una deuda dineraria ... Por tanto, los artículos 154 y 156 de la ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento utilizan conceptos que responden a un tecnicismo distinto del de las cambiales, por cuanto éstas, tanto en su configuración y estructura como en sus fines y efectos, poco tienen que ver con la naturaleza de los títulos-obligaciones, pues aquéllas son efectos de comercio y estas valores mobiliarios."

- (5) Perelman: "La lógica jurídica y la nueva retórica" 1979: "En la mayor parte de los casos las lagunas las crean los interpretes que, por una u otra razón, pretenden que una concreta materia debería regirse por una disposición normativa, cuando no lo está expresamente, y se afirma por ello la existencia de una laguna axiológica o laguna "practa le - gem" (p.69).
- (6) Chiomenti (" Il titolo di credito. Fattispecie e - disciplinica" Milano 1977 p.272) señala: "La diffe - renza determinante la diversità del concetto di - creazione fra titoli individuali e titoli di massa sta nel carattere di "Titoli di partecipazione rispetto ai titoli individuali lo potrebbero, ma é - quella di essere titoli di gruppo, per cui il sin - golo titolo non é che una frazione di un'operazio - ne di finanziamento collettica ed unitaria insieme"

Esto debe ser tenido muy en cuenta al intentar fundamentar - como lo hace la doctrina y la DGRyN - la unidad de hipoteca en garantía de varias letras en el hecho de que los artículos 154 y ss contemplen una sola hipoteca. De la observación de Chiomenti se deduce que no cabe utilizar una argumentación analógica precisamente en aquello que diferencia los títulos en masa (obligaciones emitidas) de los títulos individuales (letras de cambio). Ascarelli ("Sul concetto di titolo di credito" BBTC 1954, I p.367 y ss): "La disciplina cambiaria é imperniata sulla distinzione fra rapporto cartolare e rapporto sottostante. Solo in alcuni casi, come quello di emissione di asseguicircolari (al quale può ora aggiungersi quello che ad esso ho recentemente affiancato - di emissione di accettazioni bancarie), manca un rapporto sottostante e il rapporto fra emittente e prestatore si risolve in una compraventa del título. Quest'ipotesi, eccezionale nei titoli cambiari, diviene invece l'ipotesi normale nei titoli d'investimento (o di massa)". Para una exposición crítica de las posturas de Vivante, Ascarelli, Chiomenti ("l'equivoco di chi vede nell'economia il "Substrato" del diritto") y de la investigación histórica de Pavone (que ~~positúa~~ el origen del principio de inoponibilidad de excepciones en el terreno propio del título cambiario, y el de la adquisición "a non domino" en el de los títulos de inversión), véase el estudio de G.L. Pellizzi "L'Unità dei titoli di credito" en la Rivista di Diritto Civile 1979, I, pp. 1 a 22 (el autor alega

en favor de la tesis de Pavone la vinculación del principio de inoponibilidad de excepciones a la circulación de derechos -separación relación causal y relación certular- y el de adquisición "a non domino" a la circulación de bienes). Vide asimismo el trabajo de Sánchez Calero, ya citado, y el de José María de Eizaguirre en la RDM de enero-marzo de 1982, nº 163, pp. 7 a 115: "Bases para una reelaboración de la Teoría general de los títulos-valores", donde expone un concepto amplio de título-valor y otro restringido.

- (7) La resolución de 9 de noviembre de 1908, con buen criterio, declara expresamente aplicable el art. 82, párr. 2 de la ley (de 1869), relativo a hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso. Ya que, efectivamente, si el endose como nota común a las letras de cambio y obligaciones en serie no es determinante de la aplicación del artículo 154 a la hipoteca cambiaria tampoco la emisión nominativa puede excluir a las letras de cambio del régimen jurídico de su articulado.
- (8) "Derecho Hipotecario", T. IV-2 p. 770. A este respecto Pellizzi (loc.cit. p.2) comenta en torno al modelo unitario brunneriano de "Wertpapiere": "Evero, infatti, che questi ultimi comprendevano, un una tripartizione nominalmente simile a quella del Vivante, - Inhaberpapiere, Orderpapiere e Namenpapiere (o Rektapapiere). Ma oggi è resaputo che solo le prime due -

categorie (titoli al portatore e all'ordine) costituiscono i Wertpapiere "completi" (vollkommene) o "di pubblica fede" (öffentliches Glaubens), cioè i titoli caratterizzati, come i nostri titoli di credito, dall'incorporazione di un diritto nel documento. I Namen- o Rektapapiere, invece, erano quei documenti intestati a un nome (come il nostro libretto di risparmio nominativo) che svolgono mera funzioni di legittimazione, senza incorporazione.

E tanto emblematici i Namen- o Rektapapiere divennero di questa funzione di legittimazione, che oggi la dottrina tedesca -facendo prevalere sul nome il concetto (o, se si vuole, spostando il nome dalla fattispecie originaria alla disciplina) - include in essi anche - documenti all'ordine o al portatore: cosicché, ormai, il termine Namen- o Rektapapiere deve tradursi, da noi, con la voce "documenti di legittimazione" (in senso lato) e non più con quella "documenti nominative". y más adelante añade: "Da un lato, i "titoli nominativi" tedeschi non sono titoli di credito. Dall'altro, i "titoli nominativi" italiani non sono, o non sono soltanto, documenti intestati a un nome, anzi, sono sospetti di essere ormai assimilabili ai titoli all'ordine."

- (9) Gay de Montellá "El art. 155 regula la materia sin atinar que en una emisión garantizada con una hipoteca, esta emisión es su continente jurídico..., confundiendo el concepto títulos con el concepto emisión y fragmentando la hipoteca que garantiza ésta, en tantas partes

como títulos, con lo cual da lugar al nacimiento de un hipoteca fraccionada" op. cit. p. 773.

- (10) De Castro (op. cit. p 510): "Encontrar la norma aplicable a un supuesto de hecho no es sólo encajar un caso en un artículo del Código, es señalar su puesto en el ordenamiento jurídico".

T I T U L O V I

LA ESTRUCTURA DE LA
HIPOTECA CAMBIARIA

PLANTEAMIENTO

LA HIPOTECA CAMBIARIA HA SIDO DOCTRINALMENTE PERFILADA DESDE UNA SEDICENTE TITULARIDAD ACTIVA DEL CREDITO CAMBIARIO COMO DETERMINANTE DE SU NATURALEZA DE HIPOTECA DE SEGURIDAD Y COMO UNICO QUICIO DE SU DISCIPLINA. En breve, se razona así: si titular del crédito -- cambiario es el portador legítimo de la letra, titular del crédito hipotecario será asimismo el tenedor legítimo de ésta. Siendo la hipoteca un derecho accesorio, hipoteca cambiaria es SOLAMENTE aquella que se constituye A FAVOR DE TODO TENEDOR LEGITIMO CONTRA TODO FIRMANTE (anterior, naturalmente) de la letra. De ello se colige que la hipoteca cambiaria es una hipoteca DES PRENDIDA DE LA LEGITIMACION HIPOTECARIA que, INCORPORADA A LOS MODOS DE LA LEGITIMACION CARTULAR, ha de constituirse NECESARIAMENTE en garantía de TODAS LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS. Nuestra doctrina defiende, pues, una concepción RADICALMENTE OBJETIVA Y CARTUEAR de la hipoteca cambiaria. En ella no hay lugar para la hipoteca que garantice sólo una o algunas obligaciones cambiarias, o la que no se constituye a favor de todos los tenedores, o la que garantice letras futuras. Unicamente importa, a los efectos de esta hipoteca, el pago "cambiario" de la letra. Se anatematiza todo residuo de causalidad. (1).

En efecto, constituye afirmación central de la doctrina que la garantía se concede para la cambial, no para la relación subyacente. De esta aseveración, que

es cierta, se deduce una consecuencia que no lo es. - Este principio -se dice- tiene una importancia trascendental, pues permite sostener que la "ABSTRACCION" que caracteriza a la relación cartular se tiene que PROPA-GAR, necesariamente, a los ASPECTOS REGISTRALES que implica la garantía hipotecaria (2).

En congruencia con semejante concepción objetiva - cartular se ha preocupado la doctrina de la individualización e identificación FISICA de las letras de cambio (3), cuidando del cumplimiento del artículo 9 de - la ley hipotecaria.

A nuestro juicio, sin embargo, se trata de indivi - dualizar JURIDICAMENTE la obligación garantizada con - hipotecas cambiarias y extraer los LIMITES institucio- nales de la autonomía privada en la conformación del - referente hipotecario en cuanto CAMBIARIO. En el títu- lo siguiente trataremos la cuestión relativa a la titu- laridad del crédito hipotecario. Una vez delimitada la obligación garantizada y la titularidad estaremos en - condiciones de opinar sobre la naturaleza jurídica de esta hipoteca.

Notas

- (1) Joaquín Sapena (RDM, 1956 cit. p. 253 y 254), para quien "la hipoteca en garantía de la letra de cambio la constituye para ella, para tal título valor" de donde deduce que debe adecuarse a las peculiaridades de éste, "por lo que habrá de reunir estos - caracteres: 1º) GARANTIZA EL CREDITO DEL TITULAR - DE LA LETRA, FUERE QUIEN FUERE, incluso el de - quien la hubiere pagado por intervención. Quien es - tá legitimado para proceder como acreedor cambia - rio lo está también para realizar la garantía hipo - tecaria; SI ESTA ES POR LA LETRA, LAS VICISITUDES DE LA LETRA DEBE SEGUIR (subrayado es nuestro). Si la garantía SE LIMITA al crédito de cierta o ciertas personas, nos encontramos, o bien ante una hipoteca normal, ya que se trata de un titular, de - terminado, cuyo crédito sólo por los medios ordina - rios podrá cederse, o bien ante una hipoteca de ti - po intermedio entre ésta y la cambiaria para si se permite su cesión estraregistrat por el simple en - doso, mas limitándolos a cierto grupo de personas individualizadas -lo que a la hipoteca normal la - aproxima o a los acreedores cambiarios que determi - nados requisitos reunieren- convirtiéndola en un - tipo especialísimo dentro del especial que estudia - mos- Nada obsta pena que al constituirla se limite la garantía excluyendo el total, la intervención e incluso el endoso en favor de determinadas perso - nas o entidades, sin alterar por ello la naturale-

za de la hipoteca. Pero si esta limitación se pro-
dujera de tal forma que en vez de exclusión -to -
dos menos X- resultase prácticamente una determi-
nación --X y nadie más-, pasaríamos a la hipoteca
en garantía del crédito de cierto tenedor o tene-
dores, excluída como se ha visto del tipo puro -
que se contempla. 2º LA GARANTIA SE CONFIERE PARA
EL CASO DE QUE LA LETRA NO SEA ATENDIDA Y NO POR
LA OBLIGACION DE ALGUNO O ALGUNOS DE SUS FIRMAN -
TES SOLO, esto es, ante el impago de los obliga -
dos en vía directa (librado y avalista , sin ne-
cesidad de accionar un regreso. Sin embargo, EN -
LA PRACTICA LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN GARANTIA -
DE LA OBLIGACION DE UNO DE LOS FIRMANTES DARA LOS
MISMOS RESULTADOS QUE LA QUE A LA LETRA EN SI GA-
RANTIZA (el subrayado es nuestro), pues vencida y
no atendida ésta, podrá precederse contra la fin-
ca en virtud del vínculo solidario que une a to -
dos los que una cambial firman. Unicamente en el
caso de que en acción de regreso se haya saltado
un eslabón del garantizado quedará éste eximido -
de su obligación y, por lo tanto, sin eficacia la
hipoteca constituída. 3º LA LETRA O LETRAS HAN DE
SER DETERMINADAS, NO FUTURAS. 4º LA GARANTIA SE -
CONCEDE POR LA CAMBIAL; NO PARA LA RELACION SUBYA
CENTE. En resumen, concluye el autor, no son pro-
pias hipotecas por letras de cambio, sino, hipote-
cas normales o subtipos de la refunidad, según el
caso, las siguientes: 1) la que garantiza el pago

de la letra sólo ante cierto o ciertos tenedores; ,
2) la que garantiza unicamente una o parte de las o
bligaciones de las letras emitidas; 3) la que ga -
rantiza letras futuras; y 4) la que garantiza la re -
lación causal y no la letra en sí. GONZALEZ LAGUNA,
(RCDI nº 533 p. 875) por su parte, cree que la hipo -
teca cambiaria es "la establecida en garantía del -
PAGO CAMBIARIO de una o varias letras ya emitidas o
que se emiten en el acto de constitución de la hipo -
teca", quedando excluidas del concepto: a) la hipo -
teca que garantice la relación subyacente; b) las -
hipotecas que garanticen el pago extracambiario de
la letra; c) las en garantía de letras a emitir. Y,
siguiendo a Mariani, estima que si la hipoteca se -
constituye en garantía de letras ya emitidas, única -
mente queda garantizado el tenedor actual y los en -
dosatarios sucesivos, pero no el tomador o los endo -
satarios anteriores. MANZANO SOLANO (RCDI nº 552 p.
1261) suscribe la misma configuración objetiva-cam -
biaria de esta hipoteca al sentar: "lo que asegura
es el BUEN FIN DE LA LETRA". STAMPA (RCDI nº 546:
p. 1138): "la hipoteca cambiaria lo que garantiza es
la relación jurídica que contiene la letra, lo que
origina algunas consecuencias importantes. La prime -
ra y más característica de las cuales es que el a -
creedor hipotecario es el titular legal de la rela -
ción jurídica cartular." Interrogándose, a seguido,
sobre cuál es esa relación jurídica que se garanti -
za con la hipoteca y que está ínsita en la letra, -

responde: "Pueden ser varias: La del avalista; la de un endosante, etc. Pero normalmente es la siguiente: el librador ordena, en virtud de la relación suyacente, al librado que pague la letra. Esta relación no se garantiza con la hipoteca cambiaria"

Y añade: "El aceptante promete pagar lo que se le ha ordenado, abstracción hecha de la causa legítima dora de dicha orden. Promete pagar, por el hecho de aceptar, a quien sea titular de la letra. Y él, y los sucesivos endosantes, garantizan solidariamente al tenedor de la letra el cumplimiento de esa promesa de pago. ESTA ES LA RELACION JURIDICA QUE SE GARANTIZA CON LA HIPOTECA CAMBIARIA. La superposición de garantía que implica la hipoteca hace con la promesa de pago y el reconocimiento de la deuda que hace el librado (deudor hipotecario) al tomador (acreedor hipotecario)." Por lo que "huelga toda referencia a la relación que origina la emisión de la letra entre el librador y el librado". En fin, LA RICA (cit. por Chico y Ortiz en "Estudios sobre Derecho Hipotecario", Tomo II, p. 866) estima que estas hipotecas (en garantía de títulos valores) tienen como característica propia que "el crédito SE INCORPORA al documento, ASI COMO LA GARANTIA del mismo, lo cual provoca que en toda transmisión, crédito e hipoteca se entienden cedidos".

- (2) Transcripción literal de R. de Angel Yagües (op. cit. p. 377), que cita la doctrina convergente en tal sentido: "Así lo manifiestan sin vacilaciones -

· los autores españoles que se han pronunciado sobre el tema".

- (3) Especialmente Stampa y Manzano (op. cit. pp. 1140 y 1203, respectivamente). El segundo aboga también - por una identificación de las cambiales a través de la cláusula-valor.

CAPITULO I

INDIVIDUALIZACION DE LA OBLIGACION
GARANTIZADA CON HIPOTECA CAMBIARIA

Examen del art. 1170 pár. 2 y 3 del Código Civil:

A) LA REALIZACION Y LA HIPOTECA CAMBIARIA

- a) Hipoteca cambiaria y descuento
- b) Pago anticipado : exactitud de la prestación.
- c) Pago parcial : integridad de la prestación.

B) HIPOTECA EN LA RENOVACION DE LA LETRA

C) HIPOTECA CAMBIARIA Y PERJUICIO DE LA LETRA

D) HIPOTECA CAMBIARIA Y PARRAFO TERCERO DEL
ART. 1170.

INDIVIDUALIZACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA CON HI-
POTECA CAMBIARIA

El Prof. Garrigues (1) ha escrito: "El fundamento de la obligación cambiaria está en la ley, la cual, - por exigencias de la seguridad del tráfico, superpone la apariencia a la realidad jurídica. La voluntad del suscriptor de la letra es sólo el punto de partida. Es la ley y no la voluntad la que atribuye el contenido y la estructura a la obligación cambiaria(...) Nuestro C. de C. trata de la letra de cambio en los contratos (título X del libro II: Del contrato y letras de cambio). De contrato de cambio se vuelve a hablar en el artículo 445. Parece, pues, que la obligación del librador tiene un fundamento contractual: no basta la redacción de la letra como acto unilateral de creación, sino que es precisa su entrega al tomador. Respecto - de las demás obligaciones cambiarias (de los endosantes y del aceptante), ninguna declaración decisiva encontramos en el Código de Comercio. Mas para los endosantes parece que debe afirmarse el mismo fundamento - contractual, ya que el endoso representa entre endosanu

te y endosatario el mismo pacto que entre librador y - tomador. Respecto de la aceptación, la posibilidad de aceptación parcial tampoco impide reconocer la existencia de acuerdo de voluntades entre el aceptante y - el portador de la letra, que se manifiesta en la devolución de la letra aceptada"."Decir que el contrato de entrega no es apto para explicar el nacimiento del título, dado que aquel contrato recibe existencia después del título, es operar con un sofisma. Porque lo que se duda no es que exista el título, sino que la so la creación del título sea suficiente para fundar la obligación".

El Prof. Díez Picazo sustenta el siguiente criterio: "el acto originario del título valor es, efectivamente, una declaración unilateral de voluntad, un negocio jurídico unilateral. Este negocio jurídico unilateral, en cuanto que no tiene normalmente carácter receptivo, por no dirigirse a personas determinadas, queda terminado desde el momento en que la declaración es completa: redacción y firma del título. La desposesión no es un elemento necesario para el nacimiento del título, ni para la perfección del negocio jurídico creador. Es simplemente una condición perfectamente extraña al negocio. La toma de posesión del título es, pues, un ac to posterior, independiente y con sus propios efectos (por ejemplo, si el poseedor hurtó el título se podrá oponer la excepción de dolo, pero no a un tercero de - buena fe, aunque traiga su causa del ladrón). Hay, - pues, que inclinarse por la teoría de la promesa unilaa

teral pura"(2)

El acogimiento de la primera tesis supondría negar el carácter de obligación en sentido estricto a la cambiaria. En efecto, el Prof. Hernández Gil, tras un detenido análisis de la esencia conformadora de la obligación, concluye: "El punto neurálgico lo encuentro - en que la obligación entendida como deber de prestación y correlativamente como derecho de crédito ES SUSCEPTIBLE DE EXPRESAR POR SI SOLA LA RELACION EXISTENTE ENTRE DOS O MAS PERSONAS. Tiene, por tanto, entidad para conformar por sí misma, sin el concurso de otros factores, una situación jurídica definible como obligacional. La obligación es sólo y todo lo que media o puede mediar entre los afectados por la misma. Goza, pues, de autonomía. O dicho más precisamente: es susceptible de existencia autónoma, sin presuponer necesariamente una situación jurídica antecedente o determinante" (3). El hecho de exigir para el nacimiento de la obligación cambiaria la entrega del título, acarrea la interposición de un presupuesto de naturaleza real sin el cual la obligación no llegaría a surgir. Aparecería incorporada a otras situaciones o instituciones jurídicas, y la presencia de éstas priva de autonomía a la obligación, que es la nota esencial definitoria del modelo (4).

A su vez, la segunda tesis incurre en graves incoherencias. No se llega a la consecuencia fundamental en orden al componente volitivo en tal esquema. La apolo

gía de la voluntad del firmante queda volatilizada a la hora de extraer los efectos que a la ausencia o vicio de tal voluntad corresponderían (5). Se maximaliza la declaración de voluntad para minimizar la voluntad de declaración. La voluntad es abstraída como fuerza incoativa del pretendido negocio jurídico unilateral, para trocarla en un puro efecto jurídico del hecho de la firma. En una palabra, la calificación del negocio jurídico unilateral habría de sancionar, de ser cierta, la oponibilidad de los vicios del consentimiento, por lo que no serviría para explicar la inoponibilidad de excepciones tal y como viene reconocida en Derecho Cambiario (6).

De la remisión que efectúa el artículo 523 del Código de Comercio a la ley de Enjuiciamiento Civil resulta la oponibilidad de excepciones relativas a los vicios de la voluntad en cuanto que éstas supongan ausencia de la voluntad misma de SUSCRIBIR la letra : error obstativo, violencia irresistible y falsificación de la letra o de la firma. Se trata, pues, de casos en los que falta no sólo la voluntad sobre los efectos de la declaración, sino la voluntad misma de suscribir la letra. Ahora bien, esto obedece a la consideración de que la suscripción de una letra representa externamente una declaración de voluntad en la medida en que esta voluntad es inherente a todo acto jurídico. Los vicios de la voluntad en la EMISION de la letra son excepciones personales. De esto, sin embargo, no cabe deducir

que el negocio jurídico creador sea INDEPENDIENTE DE LA EMISION, sino que responde al mecanismo de tutela de los terceros tenedores frente al vicio de la adquisición de su transmitente. Por otra parte, la invalidez de la declaración cambiaria por defecto de capacidad no es más que un efecto reflejo de la nulidad de la obligación que documenta (artículos 1261 y 1263 Código Civil), y no manifestación del carácter negocial de la firma.

Claro, que se nos podrá replicar que partimos de una concepción de negocio jurídico excesivamente voluntarista. Aún no creyendo que demos a la voluntad más importancia que la que tiene, la crítica a la concepción negocial de la letra es todavía más fácil si acogemos la más moderna configuración del negocio jurídico como una autónoma reglamentación de intereses (artículo 1091: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos"). Efectivamente, si la letra crea una apariencia que por definición la es sólo frente a terceros, ¿cómo atribuir efectos dispositivos a la letra en las relaciones "inter partes"?

Una valoración bivalente -no bivalencia valorativa- (7) de la letra de cambio como documento reconocitivo "inter partes" y "significativo" "de iure tertii", nos situaría en el buen camino para el reconocimiento de una doble fuente de la obligación cambiaria y la re

cuperación de su sentido civil: el contrato y la apariencia jurídica. La ambivalencia afecta, a nuestro juicio, a la letra como documento y no como documento y como crédito-obligación cambiaria, pues no hay una obligación cambiaria distinta "a se" de la que es documentada. Esa dualidad funcional del título cambiario se hace patente en su caracter de prueba preconstituida arrogada de un especial privilegio ejecutivo y de índice de publicidad en el tráfico. Existe aún otra dualidad: su estructura de cosa y derecho. Pero sólo aparece la dualidad estructural bajo la forma de unidad y merced a la intercesión de un tercero de buena fe. Ambas dualidades son explicables desde una configuración de la letra de cambio como DOCUMENTO DE UNA OBLIGACION. Examinémoslo a la luz del artículo 1170 párrafos segundo y tercero del Código Civil.(8)

CAPITULO I

ARTICULO 1170 PARRAFOS SEGUNDO Y TERCERO DEL CODIGO

CIVIL

"La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado"

"Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

A) LA "REALIZACION" y LA HIPOTECA CAMBIARIA

a.) HIPOTECA CAMBIARIA Y DESCUENTO

De una parte, este artículo 1170 presupone la existencia de una obligación consistente en una deuda de dinero. No sólo en su párrafo primero, sino también en los dos siguientes que son los que ahora interesan. En el párrafo segundo alude a los "efectos del pago" y en el párrafo tercero a la "obligación primitiva". De otra parte, por lo que se refiere a la asimilación legal entre entrega (de la letra) y pago (de la obligación) aparece condicionada a la realización o al perjuicio. El artículo 1157 del Código Civil establece: "No se entenderá PAGADA una deuda sino cuando completamente se hubiere ENTREGADO la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía". Esta configuración del pago como entrega en las obligaciones de dar se corresponde con su carácter de entrega típicamente obligatoria, aunque no exista pago sin entrega o prestación "in actu" (9). La entrega de la letra de cambio materializa una "cessio pro solvendo" que como tal carece de efectos extintivos de la obligación.

¿Se ajusta a estos esquemas el contrato de descuento cambiario?.

El problema surge porque en éste la entrega de la letra antecede al descuento. ¿Cómo soslayar el inconveniente que supone la exigencia de una obligación previa a la entrega de la letra? La doctrina califica el descuento como contrato real por cuanto que la realiza

ción efectiva de aquél es presupuesto para el nacimiento de la obligación del descontatario (10). Aunque la letra se entregue al descontante antes del descuento no se entiende transmitida hasta la efectiva realización del mismo. Configurado así el contrato de descuento, hay una "TRADITIO"(de la letra) disociada de la EMISION de la letra. Como sólo es perfecta la transmisión de la letra si es admitida a efectivo descuento, sólo en este momento se da por emitida la letra misma. Por otra parte, es el descuento un caso típico de satisfacción del interés del tenedor por un tercero al margen del cumplimiento de la obligación. La realización se nos ofrece como un concepto más amplio que el de cumplimiento. Así ha señalado el Profesor Beltrán de Heredia: "El acreedor, en una obligación a plazo, no puede reclamar su cumplimiento antes de su vencimiento, porque la obligación no es exigible. Pero el acreedor puede, no obstante, satisfacer su interés, con anterioridad a la fecha de aquél. El procedimiento más frecuente para llevarlo a cabo es el conocido con el nombre de descuento bancario".

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 1980, tiene declarado respecto al descuento de las letras de cambio, que se trata de un supuesto de dación en pago "pro solvendo" y no "pro-soluto" por lo cual "el Banco asume la obligación fundamental de diligente gestión, teniendo que presentar al cobro la letra con oportunidad y levantar en su caso el protesto, a no ser que en la cambial figure la

clausula "sin gastos". El perjuicio de la letra imputable al Banco cuando la letra carece de la citada clausula dispensatoria, determina la producción de efectos enervatorios de la clausula "salvo buen fin", y la empresa descontante soportará los efectos de su propia negligencia, de tal modo que a la decadencia de la acción cambiaria de regreso va unida la de la acción causal nacida del contrato oneroso, unilateral y no solemne de descuento, estimándose que la entrega de la letra al Banco despliega los efectos del pago conforme a lo prevenido en el artículo 1170, párrafo segundo "in fine" del Código Civil". La misma sentencia establece que "es esencial en la operación de descuento, hasta el punto de integrarse en su propia definición, la cláusula "salvo buen fin", en el sentido de que el Banco anticipa al descontatario el importe del crédito a condición de que el título sea pagado por el tercero deudor en la fecha de su vencimiento, pues en otro caso la entidad descontante podrá obtener el resarcimiento, bien dirigiéndose contra el sujeto pasivo en esa relación de deuda -práctica no usual en el tráfico-, ora pretendiendo la restitución del íntegro importe del crédito descontado, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 21 de junio de 1963".

Ante todo conviene no confundir la obligación de garantía de la solvencia del deudor cambiario principal a cargo del descontatario con la obligación de garantía que éste asume como consecuencia del endoso. La

primera es "típica" del descuento. La segunda es un efecto "natural" del endoso. Sólo ésta queda cubierta por la hipoteca cambiaria. La constitución de esta hipoteca desvanece la relevancia jurídica de la cláusula "salvo buen fin" del contrato de descuento pues el buen fin de la letra queda asegurado por la hipoteca. La hipoteca cambiaria surte un efecto "destipificador" de la naturaleza (personal 11) de aquello que erige el contrato de descuento en un contrato típico con causa autónoma.

¿Quid si el descontante no efectúa la "datio rei" o entrega de dinero al descontatario?.

Si la hipoteca se constituye en garantía de todas las obligaciones cambiarias, la falta de "datiorei", será una excepción oponible por cualquier obligado cambiario frente al descontante. Si, por el contrario, la hipoteca se constituyó en garantía de la OBLIGACION CAMBIARIA DEL DESCONTATARIO a favor de todo tenedor de la letra, sería nula la hipoteca por falta de causa de la garantía, y nulo el endoso por falta de causa de la transmisión. En el primer caso, subsistirá la hipoteca, en razón de la autonomía de las obligaciones cambiarias, sobre las demás obligaciones garantizadas. En el segundo caso, la nulidad de la única obligación garantizada prejuzgaría definitivamente la invalidez de la hipoteca. ¿También frente al tenedor de buena fe?. Si en el descuento no se perfecciona el contrato hasta su efectiva realización y el tercero adquiere el título antes de

que ésta se produzca, surge un conflicto entre el descontatario y el tercer adquirente de la letra de buena fe. Sólo decaerá el derecho de este si en el asiento de hipoteca se hizo constar la necesidad de acreditar el descuento (para lo cual bastaría un acta notarial o la certificación bancaria de abono en cuenta si así se estipuló) para la validez de la hipoteca. Figurando la condición registralmente, quedaría enervada la buena fe del tercero en el momento de la adquisición. Por el contrario, si no se hizo constar en el Registro la subordinación de la hipoteca a la efectiva realización del descuento, no será oponible la excepción de ausencia de causa al tercero. Es así como la buena fe de éste produce una aproximación de los efectos de la hipoteca en garantía de la obligación cambiaria del descontatario.

Si para obtener el descuento giró la letra el descontatario a SU PROPIO CARGO tendrá la hipoteca cambiaria la consideración de hipoteca en garantía de un PAGARE CAMBIARIO, en el que el librador no promete hacer pagar sino que promete pagar él mismo. Sujeto a las mismas reglas que la letra de estructura trilateral (presentación, aceptación, protesto...), ha de consignarse un lugar de pago distinto de su domicilio (art. 450 y SS) para que no tenga la consideración de simple pagaré a la orden. Configurada la hipoteca cambiaria en esta modalidad, la típica obligación de garantizar la solvencia del deudor del contrato de descuento (frente al art. 1529 que exige convención a tal efecto) queda doblemente difuminada: por la hipoteca, que elimina el riesgo de la insolvencia, y por la modalidad de la emisión, que rompe la trilateralidad estructural.

b) PAGO ANTICIPADO: EXACTITUD DE LA PRESENTACION.

"Realización" lleva ínsito el carácter definitivo

del hecho que la produce. Además del pago del librado, sólo efectuado por el librador o por un endosante anterior al acreedor dota a la realización de ese carácter efectivo. Si quien paga puede revertir el pago por vía de regreso no tendrá el pago el efecto extintivo de la obligación imputable a la realización. A su vez, también carecerá de dicho efecto el pago de una letra de cambio antes de su vencimiento. En efecto, el art.491 del Código de Comercio establece: "El que pague una letra de cambio ANTES de que haya vencido no quedará libre de satisfacer su importe, SI resultara no haber pagado a persona legítima". No se trata de una imposición del portador, pues el aceptante no tiene obligación de pagar antes del vencimiento (art.480 y 455). Tampoco es una facultad conferida al deudor, porque el portador de una letra no está obligado a percibir su importe antes del vencimiento (art.493). Se trata de un acuerdo de efectuar un pago anticipado tomado conjuntamente por el deudor y el tenedor(12). Rige, pues, el principio de entenderse establecido el plazo en beneficio común. Pago anticipado no es anticipación del vencimiento. Se trata de un pago todavía no exigible. Su realización no adelanta su exigibilidad. No es, por tanto, pago en sentido técnico-jurídico, ni como cumplimiento, ni como exactitud ni como satisfacción ("no quedará libre de satisfacer su importe") del acreedor. Porque a éste -al verdadero acreedor- y no al tenedor legítimo, se refiere el precepto con el término "PERSONA legítima",

en contraposición a la expresión cambiaria -portador- de aquél, aludida en el artículo siguiente en punto a la eficacia liberatoria ("El pago de una letra vencida hecho al portador se presumirá válido..."). Otra parece ser la interpretación que da Díez Picazo (13) para quien "la falta de validez de este pago (del art 490) no deriva tanto de su anticipación como de la falta de legitimación del accipiente para recibirlo. El pago es inválido porque no se paga a "persona legítima", como dice el Código, no porque se haga antes del vencimiento. De igual manera sería ineficaz el pago de una letra hecho precisamente el día de su vencimiento a persona no legitimada para recibirlo. Se sigue de ello, en mi opinión, que el inciso "antes de que haya vencido" del artículo 490 es superfluo y, además, involucra el problema de la legitimación para recibir el pago con el problema del pago anticipado, resuelto por el art. 492"

No compartimos este criterio. Por una parte, el art. 493 no resuelve el problema del pago anticipado, sino el de la no obligatoriedad de su aceptación por el portador y el de excluir la validez de los pagos efectuados fraudulentamente. Por otra, si el inciso del art. 490 "antes de que haya vencido" es superfluo y la "persona legítima" en él aludida es asimilada al legitimado formalmente (portador legítimo) reseñado en

el art. 491, lo que resultaría superfluo sería el artículo 490 mismo.

Gómez Pérez (14) sienta como diferencias entre el art. 490 (legitimación material o sustantiva) y 491 (legitimación formal), pese a referirse ambos a la eficacia liberatoria del pago que la del art. 490 no se produce inmediatamente persistiendo el crédito hasta el vencimiento como "simplemente ejecutado" y extinguiéndose si al vencimiento se dan las circunstancias para que entre en juego el art. 491. Y añade que a diferencia de éste "en el caso de cumplimiento anticipado no tiene relevancia, mientras la letra no esté vencida... el que el pagador desconozca o no que se trata de un acreedor aparente, es decir, su buena o mala fe" pues "el hecho objetivo de pagar anticipadamente lleva implícita la responsabilidad si no se efectúa a la persona legítima".

A nuestro juicio, no es tanto el hecho aséptico del pago antes del vencimiento, cuanto la VOLUNTARIEDAD en el hecho del pago la que determina un mayor control de la titularidad (no de la legitimación formal) de quien lo recibe, de conformidad con la diligencia exigible A TAL EFECTO por la buena fe. De donde aparece perfectamente justificado el artículo 490 y su alusión a la "persona legítima", en lugar de al portador legítimo. Al

propio tiempo, queda confirmado en sede de este artículo lo que con propósito más general intentaré demostrar en otro lugar(15).

Según hemos visto, este pago anticipado carece de efectos extintivos de la obligación. Tampoco produce efectos vinculantes para con los terceros tenedores ajenos al acuerdo. ¿Los producirá si se inscribe como cláusula de la hipoteca? "Rectius": ¿Sería inscribible el pacto de pago anticipado? Sobre una escritura con pactos de vencimiento anticipado y otros de pago anticipado, declaró la DGRN, con relación a esto últimos, en resolución de 18 de Octubre de 1979: "Considerando (4º) que en cuanto al defecto señalado en el apartado C, número 1, no hay que olvidar la autonomía de las obligaciones cambiarias a que ya se ha hecho referencia, y que que el pacto que establece la posibilidad de pago anticipado por el deudor al no constar en la propia letra de cambio, podrá vincular a los que lo suscribieron, pero no a los futuros tenedores, sin que pueda servir de justificación el contenido de los artículos 490 y 493 del Código de Comercio, que no son aplicables a este caso, por referirse a unos supuestos distintos y a mayor abundamiento el indudable carácter obligacional del pacto controvertido supone un obstáculo para la inscripción, dado lo dispuesto en el art. 98 de la Ley

Hipotecaria y 51-6º de su Reglamento". La Dirección General centra la cuestión en torno al hecho de no constar el pacto de pago anticipado en la letra, excluye la argumentación fundada en los artículos 490 y 493 y orilla, en fin, el aspecto puramente obligacional ("a mayor abundamiento") con base en la Ley Hipotecaria (artículos 98 y 51-6º). ¡Cómo si fuera lícita la constancia del acuerdo de anticipación en la letra y la vinculación al mismo de los futuros tenedores! Precisamente semejante cosa implicaría una vulneración del art. 493 del Código de Comercio -que se cita para excluirlo- que es el que funda el carácter puramente personal ("inter partes") del pacto. No se puede dotar en ningún caso de efectos vinculantes al acuerdo frente a terceros ajenos a él porque tal acuerdo es, por imperativo de la ley cambiaria, estrictamente facultativo como no renunciable es el carácter común e indistinto del beneficio del plazo(16).

b) PAGO PARCIAL: INTEGRIDAD DE LA PRESTACIÓN

La misma correlación manifiesta entre los artículos 480 y 493 del Código de Comercio y 1127 del Código Civil existe entre el artículo 494 del Código de Comercio y 1169 del Código Civil. "Tam-

poco podrá obligarse al portador, aún después del vencimiento, a recibir una parte y no el todo de la letra, y sólo conviniendo en ello podrá pagarse una parte de su valor y dejar la otra en descubierto". Se consagra, pues, la regla de la indivisibilidad de la prestación. Pero se admite la convención tendente a fraccionar el cumplimiento como excepción convenida (art. 1169: "A menos que el contrato expresamente lo autorice". Art. 494: "sólo conviniendo").

El artículo 122 de la Ley Hipotecaria, por su parte, establece que "la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada".

A la vista de estos preceptos, ¿sería estipulable la cancelación parcial de hipoteca para el caso de pago parcial de la letra?

Manzano Solano (17) niega tal posibilidad por virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca consagrado en los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria conectado con el de solidaridad cambiaria, pues "el sentido de liberación del negocio hipotecario que la cesión del crédito implica en la hipoteca ordinaria -"el cesionario

se subrogará en todos los derechos del cedente"-cede en la hipoteca cambiaria ante el principio de solidaridad frente al crédito cartulario de toda persona que pone su firma en la letra, lo cual hace que hasta que el mandato abstracto de pago es satisfecho a su vencimiento, no puede hablarse ni de un sólo obligado cambiario, sino de obligados, en plural, ni tampoco de acreedor en sentido estricto, sino de portador o tenedor, expresiones que, por su propia naturaleza, revelan una idea de transitoriedad o eventualidad. El cedente o endosante en la letra no queda liberado, pues aún responde de la letra en vía de regreso y los actos del tenedor accidental no pueden, no deben perjudicarlo". De lo que colige que sólo cabe extender una nota al margen de la inscripción de la hipoteca cambiaria al amparo de los artículos 144 y 240 del Reglamento Hipotecario acreditativa del pago de parte de la deuda cambiaria o importe de letra.

A nuestro juicio este criterio no es fundado, por las siguientes razones:

a) El propio artículo 122 sujeta la persistencia de la integridad de la hipoteca a su no cancelación ("mientras no se cancele"): "A sensu contra-

rio" está admitiendo la posibilidad de estipularla. Lo que se niega es la cancelación unilateral por parte del acreedor, como resulta de la expresión utilizada en el artículo 125: Cuando sea una letra finca hipotecada... no se podrá EXIGIR la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.

b) Con relación al argumento de la responsabilidad solidaria, el mismo Código de Comercio establece en el artículo 501: "Los pagos hechos a cuenta del importe de una letra por la persona a cuyo cargo estuviese girada disminuirán en otro tanto la responsabilidad del librador y de los endosantes". Además se trataría en todo caso de un pago hecho al vencimiento, no sólo porque -según hemos visto- no sería válido pactar un pago anticipado con efectos frente a terceros, sino porque así se infiere del artículo 494, párrafo segundo: "EN ESTE CASO, se podrá(18) protestar la letra por la cantidad que hubiera dejado de pagarse, y el portador la retendrá en su poder, anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido". Por otra parte, si la hipoteca NO se extendió por las partes a TODAS LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS, las obligacio-

nes de regreso no estarán cubiertas por la garantía ya que el ámbito de la solidaridad cambiaria sería más amplio que el de la responsabilidad hipotecaria. Deudor hipotecario es en tal caso el obligado cambiario inserto en la obligación garantizada con hipoteca.

c) En cuanto a que "hasta el vencimiento no pueda hablarse de obligado cambiario, sino de obligados en plural, ni tampoco de acreedor en sentido estricto, sino de portador o tenedor, expresiones que por su propia naturaleza revelan una idea de transitoriedad o eventualidad"(19), viene a tropezar o con la inadmisibilidad figura de los derechos sin sujeto o con la incompatibilidad de una hipoteca actual en garantía de un crédito cambiario inexistente. En todo caso se trataría de una hipoteca en garantía de una obligación futura en la que quedarían desintegrados los perfiles propios de la hipoteca cambiaria. Este criterio no prejuzga la condición de acreedor en el tenedor sino la de una hipoteca sin crédito.

B.) LA HIPOTECA EN LA RENOVACIÓN DE LA LETRA

La renovación de la letra no es más que una PRÓRROGA DE SU VENCIMIENTO "EX IURE CAMBIALI". A esta tesis, que

es la tradicional en nuestra doctrina, se ha opuesto recientemente Muñoz Planas (20) señalando la incongruencia existente entre la realidad y fisonomía jurídica del pacto de renovación y su calificación como prórroga del vencimiento. A juicio de este autor la primera letra VENCE INEXORABLEMENTE en la fecha que de la misma resulta y por la que la sustituye nace necesariamente una nueva obligación cambiaria con su propio vencimiento. Con no ser prórroga del vencimiento tampoco es "renovatio contractus". Dada la función constitutiva de la letra, se trataría, naturalmente, no de una renovación documental, sino negocial. Ni es considerable como una "repetición del negocio jurídico". Tal cosa tiene una significación múltiple y ambigua que responde a un sentido puramente dogmático. Incapaz, por tanto, de explicar el fin y objeto real de la renovación: facilitar con el giro de la letra el pago voluntario "a posteriori" del "descubierto" causal derivado del impago de la letra renovada o bien, tratándose de créditos causales no vencidos ni exigibles, adecuar las menciones temporales en punto al cumplimiento de la relación cambiaria a las dimensiones de idéntica índole propias de la obligación causal. A la primera llama renovación "potestativa"; a la segunda, renovación "obligada". "Pero esto no afecta a la esencia unitaria de la institución. En uno y otro caso se emite una letra de renovación, cuya única diferencia no es de naturaleza sino de origen.

En el primer caso, por estar vencido y ser exigible el crédito causal, expícito ha de ser el pacto dirigido a renovar la letra. En el segundo caso, la renovación se origina o deriva de las modalidades de cumplimiento previstas para la obligación causal, que sólo son respetadas renovando. El pacto de renovación se encuentra aquí implícito. De manera sobreentendida o explícita la renovación cambiaria tiene, por tanto, en todo caso, un origen convencional. Nace de un pacto que obliga a renovar". La renovación presupone dos requisitos de identidad: a) uno subjetivo, que supone que los elementos personales principales de la letra de renovación (librador, tenedor y aceptante) han de ser los mismos y por idéntico título de la letra renovada; b) otro objetivo, que hace referencia a la total o parcial subsistencia "inter partes" de la misma relación crediticia fundamental. La letra renovada y la de renovación han de tener en común, como causa inmediata, una misma relación fundamental y subyacente sobre la que sucesivamente se proyecta la finalidad solutoria de una y otra.

Consecuencia de tal planteamiento son los términos opuestos en que el autor presenta el problema de las garantías cambiarias de endosantes y avalistas y de las garantías extracambiarias entre las que reconoce un papel fundamental a la hipoteca. Con relación a las pri-

meras la cuestión se reduce exclusivamente a si, pese a la renovación, subsisten o no tales garantías en favor de la letra renovada. Se niega tal posibilidad por la decisiva razón de que dada su naturaleza de obligaciones literales no puede pensarse que la garantizasen. Pero en este caso ya no se trataría de subsistencia de las antiguas garantías cambiarias, sino de constitución de otras nuevas. Más con referencia a las extracambiarías, y precisamente por su condición de extraliteral, se sitúa el problema en el plano de la permanencia, esto es, en el sentido de si continúan o no garantizando a la letra o letras de renovación. Que pueden constituirse nuevas garantías en favor de la letra de renovación es obvio. Rechaza el autor -y la unanimidad de la doctrina (21)- la posibilidad de una permanencia "ope legis" de la garantía hipotecaria respecto a la nueva letra por no advertirse en nuestro ordenamiento positivo civil e hipotecario aquel inexcusable precepto legal donde apoyarla. Habrá, pues, que pactarla en la escritura de constitución de hipoteca. Aún no habiéndose tomado tal cautela será posible acordar -con posterioridad a la inscripción- no la extensión sino la "traslación" de la hipoteca con mantenimiento de su rango hipotecario a la letra de renovación siempre que el acreedor interesado en ello conserve ambas letras en su poder y se anote registralmente la escritura pública donde se exprese la renovación querida y se describan ambas letras.

1

ASÍ configurada la renovación de la letra, con virtualidad novatoria extintiva de la anterior obligación cambiaria, califica el autor a esta hipoteca cambiaria como hipoteca EN GARANTIA DE OBLIGACIONES FUTURAS(22), aplicándolas, de consecuencia, el régimen para éstas previsto en los artículos 143 y 238-1º de la Ley Hipotecaria que se traduce, en síntesis, en lo siguiente:(23)

a) Los interesados facultados para instar la anotación marginal son el deudor principal hipotecario y el tenedor actual de la letra, sin que se precise la intervención del tercero hipotecante no deudor, puesto que su voluntad de garantizar las renovaciones ya consta originariamente. En otro caso (cuando no conste en escritura de constitución) deberá el hipotecante intervenir en el acto (junto a aceptante y tenedor) para que las letras de renovación accedan al Registro y sean cubiertas por la hipoteca.

b) Será título suficiente el acta notarial o la solicitud privada con firmas legitimadas en la que se expresen por los interesados la emisión de una nueva letra, que se describirá, en renovación de la originaria y se pida expresamente la extensión de la nota marginal que recoja el cambio. En ambos casos se acompañarán la letra renovada y la de renovación, esta última con las firmas intervenidas por fedatario, para constancia ante el Registrador de que son las mismas personas que suscribieron la letra originaria. En caso de no haberse

pactado e inscrito con la constitución de hipoteca la cobertura hipotecaria de las letras de renovación, deberá otorgarse en escritura pública.

c) El Registrador extenderá al margen de la inscripción de hipoteca nota de la renovación efectuada, describiendo la nueva letra, y sobre la renovada anotará la declaración de que lo ha sido por otra emitida en tal fecha, por tal cantidad y con tal vencimiento, y al mismo tiempo sobre la nueva letra indicará que es renovación de la anteriormente garantizada, reproduciendo aquellos datos que exige el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.

Nuestra discrepancia con Muñoz Planas abraza el punto de partida y su desenvolvimiento aplicado a la hipoteca cambiaria.

El autor compone un concepto de renovación como prórroga de la obligación causal y nacimiento de una nueva obligación cambiaria. Ni siquiera partiendo de una concepción constitutiva y negocial de la letra (negocio cambiario nacido de la letra renovada y negocio cambiario que resulta de la nueva) es esto justificado. Alegar la inexorabilidad del vencimiento de la primera letra y deducir de ello el efecto extintivo de la primera obligación cambiaria no es correcto. Que una letra y otra sean mutuamente independientes no quiere decir que

engendren por sí una novación extintiva de la primera obligación(24). Tampoco es correcto apoyar la unidad de causa o el alcance de la novación en que la segunda letra se da para cumplir la obligación precedente (crédito exigible) o para facilitar su cumplimiento(crédito no vencido). El pacto de renovación podrá (si así se estipula) novar la obligación primigenia, pero no cumplirla. Afirmar que la obligación causal "sólo sera respetada renovando" supone enaltecer el TÉRMINO de vencimiento de la LETRA -configuración natural de toda letra de cambio- a la categoría de "ESSENTIA IURIS" de la OBLIGACIÓN CAUSAL y difuminar el sentido "pro solvendo" de la letra misma. De esta manera se opera una trasposición tipológica de la letra a la obligación que documenta.

Para Muñoz Planas la peculiaridad de estos créditos cambiarios futuros garantizados con hipoteca radica en que en última instancia están esencialmente vocados a sustituir en su función solutoria al originario, de modo que llegado el momento de la ejecución la garantía hipotecaria cubre un solo y único crédito. Aunque el autor admita que la letra de renovación no puede traer su origen de una relación subyacente distinta a la de la cambial renovada, lo cierto es que, al configurarla como hipoteca en garantía de obligaciones futuras, viene a derivar esa unidad creditual del hecho de la ex-

tinción de una obligación y del nacimiento de otra nueva. Más que unidad hay sustitución de una obligación por otra. Se logra la unidad mediante la supresión de uno de los elementos a ella reputados. De conformidad con esto se comprende que emplace el problema de la renovación exclusivamente en relación con la hipoteca cambiaria como una cuestión de permanencia en el sentido de si continúa o no garantizando las letras de renovación. A tal efecto, "por no advertirse en nuestro ordenamiento positivo civil e hipotecario el precepto inexcusable en que apoyarla" repudia la permanencia "ope legis" de la garantía hipotecaria.

Admitido a efectos dialécticos -y sin cortapisar en caso de que así se convenga expresamente- que la renovación cambiaria implique una novación extintiva de la obligación de este hecho, que son contrarias o distintas a las que de él deriva quien las propugna. De una parte, la operación registral a verificar -si se quiere ser congruente con el efecto extintivo del pacto de renovación- sería un asiento de cancelación y un nuevo asiento de inscripción (de donde se justificaría la conservación del rango hipotecario). No se procedería con arreglo al artículo 238 del Reglamento Hipotecario, que contempla la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y condicionales, sino el propio artículo 144 de la ley y 240 del Registro Hipotecario relativos a

los hechos o convenios modificativos de la obligación garantizada con hipoteca. Entre los pactos que se enumeran explícitamente -no taxativamente ("todo... como...")- figura precisamente la novación, total o parcial, del contrato primitivo. De otra parte sí que existe un precepto específico en nuestro ordenamiento civil que afecta directamente al caso: el artículo 1207 del Código Civil, a cuyo tenor "Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento".

La regla del artículo 1207 es, a juicio de Díez Picazo, una consagración de la irrelevancia de la novación frente a terceros que ostentan una posición activa o que son titulares de derechos accesorios, puesto que éstos les "aprovecharán" (25). Sin embargo, resulta anómala la interpretación literal del art. 1207 que conduce a la subsistencia de unas relaciones accesorias de una obligación principal ya extinguida -con el consiguiente quebrantamiento del principio de accesoriedad- y en favor de unos terceros (acreedores del acreedor, herederos del acreedor), que no deberían en ningún caso verse afectados por una relación -como es la renovación de la letra- "inter partes" en virtud del principio "res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest". Por esta razón nos inclinamos por la interpreta-

ción histórica y contextual que hace del precepto Alvarez Caperochipi (26). El artículo 1207, al referirse a terceros, no quiere hacerlo a terceros de la obligación principal, en cuanto ajenos a la misma, sino a terceros fiadores distintos del deudor, sentido en el que emplea también el término terceros el artículo 1212. El contenido del artículo 1207 queda de esta manera netamente clarificado: cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, sólo subsisten las obligaciones accesorias cuando el tercero que les prestó renueva su consentimiento; "a sensa contrerío", cuando dichas garantías accesorias fueron prestadas por el propio deudor, que en este sentido no es tercero, subsisten a falta de pacto en contrario, por cuanto que se presume la voluntad del deudor de continuar garantizando la obligación.

Por otra parte, la idea de subsistencia contrapuesta por Muñoz Planas a la de permanencia no es válida. Subsistir es permanecer. La determinación de si la subsistencia del artículo 1207 queda referida a las letras renovadas o a las letras de renovación no afecta sólo al propio objeto de la garantía hipotecaria sino a importantes cuestiones como el rango hipotecario o la doble liquidación fiscal que, en su caso, habría de girarse. Habrá, pues, que distinguir: a) en caso de novación modificativa: la subsistencia hay que referirla

a la letra renovada; b) en caso de novación total: la subsistencia de la hipoteca versa sobre la letra de renovación. Si la hipoteca fue constituída por el deudor cambiario se infiere su voluntad de continuar garantizando por el hecho de no pactar lo contrario. Si la hipoteca fué constituída por un tercer dador -no obligado cambiario- la renovación de su consentimiento será necesaria para la subsistencia de las relaciones accesorias. Corolarios lógicos a la vista de la identidad personal de los concurrentes al contrato de renovación supuesta por el artículo 1207 que, sin embargo, no alcanzará al tercer constituyente de hipoteca por no ser implicado cambiario. Como argumento "ex abundantia" para exigir el consentimiento explícito de ésta cabe citar el artículo 1851 del Código Civil: "La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza".

En cuanto al rango hipotecario opina Sancho Rebullida(27) que "parece más justo situar su crédito en la fecha de la renovación. Y aplicar igual criterio en todos los casos de afectación de terceros. Es, además, la solución a que conduce el criterio del artículo 1207 "in fine": si sólo subsisten en cuanto aprovechen a tercero, aunque se hayan extinguido, deben extinguirse en cuanto perjudiquen a terceros, aunque se haya pactado -"res inter alios acta"- su subsistencia". Otra cosa di-

ce el Digesto (leyes 3 y 12, párrafo 5, Tit. 4, Lib. 20): "Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquaam in suum locum succedenti". Creemos más justo conservar el rango en aquello en que no se modifique la obligación -no tendrán los otros acreedores motivos para quejarse- y computarlo de nuevo en el exceso cuantitativo que puede estipularse. Y aún en este caso se mantendrá el orden de su prioridad registral si, habiéndose pactado "ab initio" la extensión de la hipoteca a las letras renovadas, se hizo constar en el Registro un "maximum" de responsabilidad atinente al posible exceso resultante de la renovación.

A la vista de todo lo cual resulta que, tratándose de novación MODIFICATIVA la hipoteca cambiaria se extiende "ipso iure" a las letras de renovación. Igualmente cuando, mediando novación GLOBAL, no se estipule lo contrario. En caso de tercer dador de hipoteca será precisa la renovación de su consentimiento. En el primer supuesto la extensión de la hipoteca opera "OPE LEGIS"; en el segundo, por voluntad TÁCITA; en el tercero, por voluntad EXPRESA, que habrá de constar en documento auténtico(28). La razón de la exigencia de la presentación de las letras al Registro y su alcance serán examinadas en el último Título de este estudio.

No obstante, desde luego adelantamos algo en torno al problema que suscita el hecho de la no presentación

de las letras de cambio en el Registro cuando el tenedor de la letra de renovación tiene aún en sus manos la letra renovada. En estos casos (no habiéndose pactado "ab origine") veíamos como Muñoz Planas y los hipotecaristas que le siguen supeditan toda extensión de la hipoteca a las nuevas letras a la constancia registral de la escritura pública en que se describan ambas letras. Es, sin embargo, un caso típico de afloración de la naturaleza CAUSAL de la hipoteca cambiaria. No habiéndose estipulado la novación global, la entrega de una letra de renovación sin recoger la renovada a un tenedor revela la existencia de la relación subyacente entre éste y el deudor cambiario. Situada la hipótesis "inter partes" recobra todo su sentido la declaración cambiaria como reconocitiva de la obligación primigenia. Interpuesta la acción cambiaria CON BASE EN LA LETRA DE RENOVACIÓN no debe haber, de acuerdo con la doctrina expuesta, obstáculo alguno para que SE INVOQUE LA HIPOTECA siempre que se pruebe la CO-NEXIÓN existente entre la primera y la segunda letra. Para esto no es necesaria la constancia registral. Bastaría acreditar el acuerdo de renovación. La tenencia conjunta de ambas letras erradica todo atisbo de perjuicio a tercero.

C) LA HIPOTECA CAMBIARIA Y EL PERJUICIO DE LA LETRA

Considerar la doctrina que la hipoteca cambiaria garantiza solamente el pago de la letra por la via cambiaria EJECUTIVA. Unicamente es ejercitable la acción cambiaria si se justifica el impago de la letra mediante la correspondiente acta de protesto. Así pues, se dice, el perjuicio de la letra acarrea inefablemente la extinción de la hipoteca. A nuestro juicio este criterio debe ser revisado.

a) TITULARIDAD CAMBIARIA Y EL PERJUICIO DE LA LETRA

El Código Civil equipara el perjuicio por culpa del acreedor a la realización. La introducción del dato "culpabilista" sugiere la culpa en que se incurre en el cumplimiento de una obligación en el ejercicio de un derecho. Interpuesto el término culpa entre "perjuicio" y "acreedor" habría que admitir que para el Código Civil se trata de una culpa en la que incurre alguien en el ejercicio de un derecho de crédito. Tratándose de cambiales se colegiría que el tenedor es un verdadero acreedor, en contra del punto de visto que mantendremos. ¿Qué sentido tiene la referencia al "acreedor"? ¿Implica una restricción del perjuicio de la letra, a los efectos en él previstos, al perjuicio sucedido en manos del acree-

dor primitivo?

Según Olivencia (29) el artículo 1170 se limita a hacer una remisión a un concepto cambiario: el perjuicio. Pero el significado y el alcance de este concepto habrá que obtenerlo del Código de Comercio. Si atendemos a la normativa que este último contiene, puede deducirse que el perjuicio tiene reconocidos sus efectos en vía de regreso, pero no en vía directa. Así resulta especialmente del artículo 483 (como del art.517, respecto a la notificación (30)).

En consecuencia, conforma a esta interpretación, el aceptante no podría invocar nunca el perjuicio, ni siquiera al amparo del artículo 1170 y frente a su acreedor causal, porque respecto de él la letra no puede entenderse "perjudicada" conforme el sentido que este concepto técnico-cambiario tiene en el Código de Comercio. En realidad, es que el perjuicio no es un fenómeno global que afecte en su esencia a la acción cambiaria, sino un fenómeno parcial que afecta a la dirección que pueda seguir la acción cambiaria y respecto de determinados obligados (como puede deducirse claramente en el caso del párrafo segundo del art. 517: endosantes a quienes no se hiciese la notificación).

Conforme a esta tesis cabe siempre una acción cambiaria declarativa contra el aceptante.

Por otra parte, si se entiende que el artículo 1170 no excluye el perjuicio sucedido en manos de un tercer tenedor (distinto, pues, del acreedor directo), a los efectos en él previstos, sino que simplemente no contempla la letra como efecto en circulación, esto es, su transmisión "pro solvendo"(31), la alusión al acreedor aparece justificada como referida a la POSICION CAMBIARIA del acreedor más que a la propia condición de acreedor. En efecto, el acreedor directo, al endosar la letra, resulta integrado de su valor, por lo que es normal que, RESPECTO DE EL, se entiendan producidos los efectos del pago.

Así pues, el perjuicio por culpa del acreedor es equivalente a la realización precisamente por la OBJETIVACION de la culpa presupuesta por el propio precepto. Se incurre en culpa cuando no se cumplen las formalidades legales de presentación de la letra y levantamiento del protesto conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio (32). A su vez, la referencia legal al "acreedor" constituye una ELIPSIS DE LA OBLIGACION demostrativa de la perspectiva causal que adopta el Código Civil al regular los efectos de la ENTREGA de letras de cambio.

b) COBERTURA HIPOTECARIA DE LA ACCION DECLARATIVA

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1983, en su considerando tercero, establece: "De entre las varias acciones que competen al tenedor de letras de cambio, aparte de la ejecutiva cambiaria y de la de enriquecimiento injusto, está la acción CAMBIARIA encausada mediante proceso ORDINARIO, que a su vez admite las dos posibilidades de la ejecutiva ("ius electionis"), bien la acción cambiaria ordinaria directa, que es la dirigida contra el aceptante o su avalista, ora la acción cambiaria ordinaria regresiva, ésta frente al librador, endosantes o sus respectivos avalistas...".

Se trata, pues, de una acción cambiaria que, como tal, se halla cubierta por la hipoteca, aún en el caso antes examinado de perjuicio de la letra, por sólo afectar ésta a las acciones regresivas. Que es una acción cambiaria, es manifiesto no sólo en que el régimen de excepciones del juicio ordinario es el mismo que en el ejecutivo cambiario (las excepciones relativas o "in personam" sólo serán oponibles "inter partes"), sino también porque tiene como soporte un título cambiario válido ex art.444 del Código de Comercio,

tiene como presupuestos la falta de pago de la letra a su vencimiento (art.516), la quiebra del librado (art.510) o incluso la falta de aceptación cuando el obligado no ofrezca las garantías previstas por el art. 481, y, en fin, exige que se hayan cumplido los requisitos exigidos so pena de decadencia, caducidad o perjuicio del derecho.

c) COBERTURA HIPOTECARIA DE LAS LLAMADAS ACCIONES DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Consecuencia del perjuicio es la pérdida del derecho a reintegrarse de los endosantes "y en cuanto al librador, se observará lo dispuesto en los artículos 458 y 460" (art.483 del Código de Comercio).La acción de enriquecimiento sin causa -podría decirse- no puede intentarse cuando el empobrecimiento es debido a culpa propia. Pero no se trata aquí de un empobrecimiento "general" de quien pueda sufrirlo como consecuencia de cualquiera de los contratos causales que procuran la emisión de la letra, sino del que resulta del juego de la provisión cambiaria en relación con la valuta cambiaria. El librador sólo puede enriquecerse a estos efectos si habiendo percibido el valor no hizo provisión. Y el librado si recibió la provisión y no pagó la letra. No se trata,pues,

de acciones en las que se invocan las relaciones de los posibles negocios causales de compraventa, préstamo o garantía que la letra de cambio documenta, sino de obligaciones inherentes a la condición del librador o endosante en el documento cambiario. Sólo así puede explicarse que la acción de enriquecimiento pueda ejercerse contra el librador o el aceptante por parte de terceros tenedores con los que no les liga ningún negocio directo.(33)

El argumento más poderoso en favor de las tesis que asimilan las acciones de enriquecimiento a las civiles y las sitúan al margen de la provisión y de la valuta, es decir, del verdadero mecanismo cambiario, es la de su ejercicio contra los endosantes. Así consta en Garigues(34) y en Vicente y Gella(35), que se apoyan para tal efecto en los artículos 460 y 525 del Código de Comercio. Ahora bien -como señala Rubio- la hipótesis de quedar los endosantes en descubierto del valor de la letra no es fácil de admitir. De una parte, dentro de la estructura cambiaria sólo se comprende bien el enriquecimiento de los situados en los extremos del circuito cambiario (librador-librado), pues no el del endosante que entregó normalmente el equivalente como endosatario de

su antecesor. Ciertamente que el endosante puede haber obtenido la letra sin entregar su importe. Pero esto constituye un problema interno entre él y su endosante anterior que no se refleja en el título, mientras que sí aparecen en éste las condiciones de librador y librado con sus obligaciones respectivas de hacer provisión el primero, y la de pagar la letra el segundo cuando se le hizo la provisión. Pero nada de ello resulta del documento, ni afecta al tercer titular, cuando se trata del endosante(36). De otra parte, y sobre todo, el enriquecimiento del endosante "al descubierto" no lo es en perjuicio del tenedor de la letra de cambio -titular que ejerce la acción de enriquecimiento- sino del endosante anterior. Las acciones (y las excepciones) para conseguir que un endosante al descubierto entregue el valor de la letra se reducen al ámbito inmediato entre endosante y endosatario, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata del librador o del aceptante.

Queda, sin embargo, pendiente una pregunta: ¿por qué el artículo 525 del Código de Comercio se refiere expresamente al endosante? Demuestra Rubio cómo el artículo 525, idéntico al 541 de su precedente de 1829, reproduce el olvido que

al redactar el artículo 171 del Código francés sufrió el legislador de aquél país. Sin entrar en el proceso histórico de este error(37), su constancia, como su incongruencia con el mecanismo cambiario de las acciones de provisión -llamados de enriquecimiento- resultan suficientes para negarse a admitirlas respecto de los endosantes (38).

Creemos, por tanto, que deben entenderse comprendidas entre las acciones que pueden disparar el dispositivo hipotecario éstas que se llaman de enriquecimiento y que son de provisión apegadas al mecanismo cambiario. La "acción de enriquecimiento" está garantizada por la hipoteca cambiaria como CORRECTIVO ESPECIAL DEL DERECHO CAMBIARIO QUE ES frente a las consecuencias extremas de la aplicación rigurosa de la decadencia de la letra(39). Por lo mismo, NO supone el perjuicio de la letra una verdadera DISOLUCION entre el efecto EXTINTIVO de la obligación -que operaría- y el efecto SATISFACTIVO del acreedor. Lo que prueba que el perjuicio se produce, en todo caso, con relación al tenedor que no sea verdadero acreedor.

D.) LA HIPOTECA CAMBIARIA Y EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 1170 DEL CODIGO CIVIL

Menciona este párrafo la obligación "primitiva".

Cabe pensar, por contraposición, en una obligación nueva nacida de la cambial. Conectado con el párrafo precedente cobra sentido tal referencia como un desdoblamiento de acciones, no de obligaciones. "Entretanto". Esto es, no hay yuxtaposición simultánea de acciones que hagan pensar en dos derechos distintos. PORQUE sólo hay UNA obligación se suspende la acción causal y se la configura como acción sucesiva. Con el impago de la letra a su vencimiento la sucesión se transforma en ALTERNANCIA. La interposición de la acción cambiaria o de la acción causal será de libre elección por el tenedor-acreedor una vez que se haya levantado la suspensión. La acción causal, contra el deudor primitivo. La acción cambiaria puede dirigirse contra un tercero, cuyo pago liberará al deudor primitivo, al menos en lo relativo a la obligación causal, por efecto del art. 1170. Su liberación de la responsabilidad cambiaria estará en función de cuál sea su posición como obligado cambiario. En el caso de que la letra no se halle en manos del acreedor que la recibió para pago. la acción derivada de la obligación primitiva continuará en suspenso, hasta tanto el acreedor que recibió la letra, y a su vez la transmitió, recupere la misma, bien por haberla reembolsado voluntariamente (art. 520 Código de Comercio) bien por haber sufrido el ejercicio de la acción de regreso por parte de algunos de los endosatarios posteriores (40).

Respecto al ejercicio de las acciones cambiarias en relación con la hipoteca hemos de señalar:

a) Que como tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de julio de 1983 "pueden acumularse las acciones en los supuestos de dirigirse conjunta y solidariamente contra los obligados en el mismo grado obligacional, es decir, en el directo o en el regresivo pero no entre obligados en uno y otro grado, entiéndase así la promiscuidad entre acciones distintas como la directa y la regresiva, como también la necesidad de distinguir entre la propia y verdadera solidaridad, como es la exigible por el tenedor al aceptante y avalista, de la llamada solidaridad imperfecta o impropia, reclamable al avalista que lo sea de los demás obligados en vía regresiva, tales el librador o endosantes" (41). Aún cuando el tenedor pueda ejercitar la acción de regreso a su contento ("regressum per saltum") es lo cierto que la configuración del protesto como "conditio iuris" impone la cambiaria una SUBSIDIARIDAD distorsionante de la "libera electio" que caracteriza la solidaridad común.

b) Que la acción cambiaria interpuesta en virtud de una letra de cambio que no se halla garantizada con hipoteca (42) no repele la invocación de la acción hipotecaria cuando la hipoteca se hubiere constituido

en garantía de la relación subyacente con tal que se acredite: 1) que la letra de cambio en cuestión documenta la obligación para cuya garantía se constituyó la hipoteca; 2) que el tenedor de la letra sea el verdadero acreedor (mediante la presentación de escritura pública). El posible argumento contrario basado en el carácter privilegiado del juicio cambiario y su no extensión a la hipoteca es redargüible con base en el principio de economía procesal y por la ausencia de legítimos intereses encontrados.

Notas

- (1) p.p. 777 y 738.
- (2) "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Vol.1, p. 569.

La doctrina a la que declara acogerse Diez Pícazo es la formulada por Siegel (H.), para quien la voluntad del suscriptor es soberana: el título obliga al firmante aún antes de salir de sus manos. Esta promesa escrita ("Schuldverschreibung") constituye la única causa de la obligación cambiaria. El derecho de crédito se adquiere "ipso iure", "ohne sein Wissen und Wollen". Lo que ocurre es que mientras el título está en posición del firmante se reúnen en una misma persona la cualidad de acreedor y deudor y ésta circunstancia produce el efecto de suspender o de paralizar el ejercicio del derecho de crédito por parte del tercero. El valor jurídico del acto de aprehensión del título por parte de otro se explica como una "conditio iuris" (suspensiva) porque la obligación que ya era potencial se transforma en actual y eficaz. El derecho del portador del título resulta DIRECTAMENTE de la promesa del emisor, lo que obviaría las principales objeciones que el autor (p.567) expone frente a las teorías contractualistas: la identidad del derecho tendría que llevar consigo necesariamente la identidad

del cúmulo de excepciones; no se explicaría la relación entre emitente y los terceros poseedores.

- (3) "En torno al concepto de obligación" Discurso del curso 1981-1982. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 37.
- (4) Id. p. 43.
- (5) Hernández Gil: Derecho de obligaciones, Madrid, 1960, p. 254 y 255: "Ahora bien, ya se comprende que, respecto de la promesa unilateral, la cooperación normativa es mínima ... Las normas generales sólo son aplicables por vía analógica; así acontece con las relativas el objeto y a la causa; las concernientes al consentimiento han de entenderse referidas a la voluntad, y en tal sentido, y con las debidas variantes, habrán de aplicarse al régimen de los vicios".
- (6) Jean Dabin: "Fondements du Droit Cambiaire Allemand", Liege, 1959, p. 435 y 436:" ...Le problème n'est pas de savoir si la volonté unilatérale peut ... être retenue comme source d'obligations, mais bien s'il est opportun de maintenir, en droit cambiaire, un procédé technique qui dénature les faits sans être d'un secours efficace pour justifier la règle de l'inopposabilité des excep-

- (7) No la predicamos del objeto (letra de cambio) que no puede ser dos cosas distintas al mismo tiempo. Tampoco de la obligación, según veremos.

Nótese la diferencia entre la construcción del texto y la de Pavone ("La Cambiale", Trattato di Diritto Civile e Commerciale de Cicu-Messineo, XXXIX, t.1., pp. 147 y ss) que distinguiendo la cambial como "documento" y como "atto cambiario", atribuye a éste efectos constitutivos de un crédito literal y abstracto frente a terceros. - (También p. 30 y ss).

- (8) La obligación cambiaria como obligación mercantil no suministra ningún dato de propia identificación. Como dice Giorgiani ("La obligación", Trad. de Verdera y Tuells, - Barcelona, 1958, p. 17). "La unidad de la disciplina de la relación obligatoria "viene dada por la individualidad del Concepto de obligación, que no puede escindirse en dos subconceptos, válido uno para la materia civil y el otro para la materia mercantil, del mismo modo que - no puede hablarse seriamente, sino en un sentido particular, de una propiedad mercantil como algo diverso de la propiedad civil".

- (9) Jordano Barea: "La categoria de los contratos reales - "Barcelona, 1958, p. 83.

- (10) Así, Pérez Escobar ("El contrato de descuento" Madrid, 1982, p. 29 y ss): El descuento requiere pues, para su perfección, además del consentimiento de los contratantes. La traslación perfecta del crédito del descontatario al descontador, así como la entrega de la suma que el descontador anticipa al descontatario". Id. Cuñat Edo (RDM, - 1973 p. 113): "La transmisión de la letra, en virtud -

del contrato de descuento, tan sólo se halla perfeccionada cuando efectivamente se descuenta la letra". No obstante, sobre la posible consensualidad del contrato de préstamo, vide Jordano, op. cit. pp. 53 y ss y F. de Castro: "La promesa de contrato" A.D.C. III, 4 (1950) p. 1172; para quien se complica innecesariamente lo que en nuestro Derecho puede resolverse atendiendo al juego normal en nuestro sistema de la forma y la causa.

- (11) Sobre descuento bancario y letra de favor véase la importante sentencia de 12 de julio de 1982.
- (12) Beltran de Heredia y Castaño (José): "El cumplimiento de las obligaciones" Madrid, 1956. p.270: "Finalmente, el plazo puede estar establecido indistintamente en favor del acreedor y del deudor. El ser establecido de un modo indistinto supone tanto como ejercicio conjunto, en el sentido de que ninguna de las partes contratantes puede utilizarlo o renunciar a él por separado. Caso típico en nuestra legislación el de la letra de cambio, cuyo cumplimiento no puede hacerse ni exigirse antes del vencimiento, porque, según dispone el artículo 455..."
- (13) "El pago anticipado RDM, septiembre 1959-II-nº 73 , pp. 83 y ss.

- (14) RDP. 1963 XII pp. 1082 y ss.
- (15) Véase capítulo sobre: "Aporía de la legitimación Cartular".
- (16) Por las mismas razones discrepamos del criterio sustentado por Gómez Pérez (op. cit. p. 1084) de que "cuando es el deudor el que renuncia al beneficio del plazo puede tener un carácter personal respecto a un portador determinado o general en relación con sucesivos portadores". Distinta es la hipótesis del artículo 481 del C. de C., esto es, la facultad del requerido en vía de regreso de pagar la deuda ante la negativa del librado a aceptar la letra. Se trata de un pago anticipado ante una negativa (la del librado) y ante un requerimiento (del tenedor).
- (17) RCD 1982, nº 552, p. 1251 y 1252.
- (18) No cabe apoyar la hipótesis de un pago no exigible en el uso de esta expresión ("podrá") que no va referida a una idea de futuro (levantar en su día el protesto) sino a la autorización concedida por el tenedor legítimo al deudor del pago parcial.
- (19) Cotéjese con las opiniones de Vallet (la hipoteca se constituye a favor de quien resulte ser tenedor a su vencimiento) y Pérez Jofre (respecto a endosa

tarios futuros, la obligación es futura) el título dedicado a Doctrina. Opinión la del texto reconducible a la teoría de la pendencia formulada por Lhering, como fundamento del mecanismo cambiario.

(20) "La renovación cambiaria" en "Estudios en homenaje a Garrigues", 1971, pp.235 y ss. Para no violentar la concatenación argumental del autor expongo una síntesis ininterrumpida de su pensamiento para después contrastarla. La importancia práctica de la renovación en la hipoteca cambiaria y el valor teórico de lo que se debate justifican lo desmesurado de éste ^xextracto.

(21) Así, Roca (Derecho Hipotecario, IV, p.556): "A pesar de que la renovación de la letra no implica novación, no obstante para la subsistencia de la hipoteca es necesario que al concluir ésta se hubiera establecido que igualmente aseguraba las sucesivas renovaciones". Sapena (op. cit. p. 263): "Si nada se expresa y la hipoteca se constituye por la letra que se reseña sin más indicaciones la garantía no puede extenderse a la nueva letra, pues aunque no haya novación de la obligación, si que hay renovación del título en que se plasma y para el que se constituyó la hipoteca". Sobre estas opiniones escribe Muñoz Plana (loc. cit.

p. 263) "frágil argumentación. Porque la llamada "renovación del título" se da siempre, tanto si se previó la renovación en la escritura constitutiva, como si no fue prevista. Luego ¿por qué se afirma en el primer caso la subsistencia de la hipoteca "pese" a que existe renovación del título y se niega en el segundo "por obra" de esa renovación? Si dicha renovación del título fuera razón decisiva su eficacia sería idéntica" Creemos que la razón de fondo de la opinión de Roca y de Sapeña no está en la "renovación del título" sino en el concepto de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad, que les empuja a adoptar un criterio precautorio.

(22) Sapena (loc. cit. p.257): "Nos encontramos ante un tipo alternativo porque se garantiza una obligación existente (la letra) o una obligación futura (su renovación).

(23) Suscrito plenamente por González Laguna (RCDI, 1979, nº 533 p. 890).

(24) Hernández Gil (A): "El ámbito de la novación objetiva modificativa" RPD octubre 1961, pp.805 y 807.

(25) Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, p.816.

- (26) "El artículo 1207 del Código Civil" en RCDI, 1973 nº 499 pp. 1413 y ss. Estudia este autor como el art. 1207 corresponde literalmente al 1224 del proyecto de 1862, que cita como precedente inmediato al art. 1138 del proyecto de 1851. Recoge interesantes observaciones de García Goyena. J. Caffarena Laporta acoge esta misma interpretación en "La solidaridad de deudores", 1980 pp.136 y ss.
- (27) "La novación de las obligaciones" Barcelona, 1964. p.320.
- (28) Guglielmucci: "Il trasferimento dell'ipoteca cambiaria al titolo di rinnovo" en "Givr comm". 1979, II, p. 204 ss: "Pur non richiedendosi, per il mantenimento della garanzia, un'espressa volontà intesa a "trasferirla" alla cambiale di rinnovazione (art. 1232), è da ritenere peraltro necessario (in mancanza di una previsione contenuta nell'originario titolo costitutivo dell'ipoteca) un atto autentico dal quale risulti che la nuova cambiale costituisce rinnovazione della prima, non essendo il conservatore tenuto ad eseguire alcuna formalità pubblicitaria se il "fatto" che la legittima non rivesta la forma dell'atto autentico (art. 2843, comma 3º). Resolución 23 de Octubre de 1981:

Considerando en cuanto al defecto octavo, que el primer párrafo de la clausula septima contiene una previsión - para el supuesto de que se renovase alguna de las letras emitidas, de indudables interes y trascendencia por suponer una excepción al vencimiento anticipado recogido en el apartado 1 de la clausula sexta ya examinado, y de ahí que dada su finalidad de completar dicho pacto - deba tener acceso a los libros registrales, mientras - que el parrafo segundo de esta clausula septima que señala la forma de hacer constar en la letra renovada la prorroga del vencimiento de la obligación hipotecaria , a fin de completar lo establecido en el parrafo primero de la mencionada clausula, no recoge la indudable necesidad de otorgamiento de nuevo documento público para - extender la hipoteca a las nuevas letras que sustituyen a las anteriores garantizadas, circunstancia que el propio Notario recurrente estima ser necesaria.

- (29) "La acción cambiaria declarativa" en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Garrigues. T.I p. 293.
- (30) Sobre la no exoneración de la responsabilidad del librador a quien no se ha hecho la notificación del protesto a que se refiere el art. 517, vide S. 10 de marzo de 1983 y el comentario a la misma de Calzada Conde en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil"
- (31) Cuñat: loc. cit. p. 124
- (32) Art. 483, párrafo segundo: "El poseedor no perderá su derecho al reintegro, si por fuerza mayor no hubiera sido posible presentar la letra o sacar en tiempo otro texto". Además, el acreedor que no levanta protesto de una letra "sin gastos" no incide en culpa a los efectos del art. 1170 del C.C.El anteproyecto de la ley cambiaria no sólo reconoce éste valor de la cláusula de "devolución sin gastos", "sin protestos", o cualquier otra indicación equivalente escrita en la letra permitiendo el ejercicio de acciones cambiarias, ordinarias y ejecutivas (art.56). Sino que otorga valor de protesto a la declaración que conste en la letra firmada y fechada por el librado por la que se deniegue la aceptación o el pago, salvo que

el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto (art. 51).

(33) Op. cit. p. 219 y ss.

(34) Rubio: op. cit. p. 204 y ss.

(35) "Títulos de crédito" p. 342

(36) Op. cit. p. 209: "Puede haber recibido la letra a título gratuito; ¿qué inconveniente hay en ello? Pudo haber convenido en un pago aplazado o condicional que nada se opone al funcionamiento de las transmisiones cambiarias. Si se concede acción contra éste endosante aparentemente "al descubier-to del reembolso" (460) pagará 2 veces cuando se cumpla el plazo o la condición convenida con el endosante anterior; ¿o es que éste, que a su vez entregó al suyo el importe de la letra de cambio, se va a quedar sin cobrar?"

(37) Véase pp. 210 y 211 de la citada obra.

(38) Lo cual, por otra parte, resulta paladinamente del art. 483 mediante una interpretación "a sensu contrario" de la remisión que contiene el último inciso de su párrafo primero a los arts. 458 y 460. No obstante el antiproyecto de ley cambiaria mantiene la referencia a los "endosantes" en artículo 65.

(39) Jiménez Sánchez: "Reflexiones sobre la acción de

enriquecimiento ante un proyecto de reforma del Derecho cambiario español" Est. jur. en homenaje a Polo. pp.414. La S.T.S. de 20 de junio de 1981.

- (40) Cuñat: loc. cit. p.134.
- (41) Art.57 del Anteproyecto: "Los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio, responden solidariamente frente al tenedor. El portador tendrá derecho a proceder contra todas estas personas individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubieren obligado. El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una letra de cambio que la haya pasado. La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fué primeramente demandada"
- (42) En contra, Gorla ("Delle ipoteche" en Com. del Cod. Civ. de Scialoja y Branca, L. VI, 510): "Se la garanzia venne concessa pel rapporto sottostante, coperto poi da una cambiale, l'azione esecutiva promossa in base a questa non gode della garanzia. Chè se la garanzia venne concessa per la cambiale, essa non garantisce anche l'azione esecutiva promossa in base al rapporto sottostante, e cioè anche a tutela del terzo acquirente del fondo ipotecato".

CAPITULO II

HIPOTECA CAMBIARIA EN GARANTIA DE VARIAS LETRAS

A) UNIDAD O PLURALIDAD DE HIPOTECAS

B) CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

CAPITULO II

LA HIPOTECA CAMBIARIA EN GARANTIA DE VARIAS LETRAS

La constitución de hipoteca en garantía del pago - de varias letras de cambio plantea dos problema: el - de la unidad o pluralidad de hipotecas y el de la licitud del vencimiento anticipado por impago de una cambial.

A) Unidad o pluralidad de hipotecas

Respecto al primer problema establece la resolución de 31 de octubre de 1978 en su considerando - cuarto: "considerando en cuanto al defecto segundo que si bien de los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía - de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1861 del Código Civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda - en el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria ...". Criterio ratificado por la resolución de 18 de octubre de 1979, que en su cuarto considerando, a más de reiterar lo ya dicho por la anterior, agrega: "... y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipoteca -

ria, que parten de la existencia de una hipoteca única que garantiza títulos transmisibles por endoso, por lo que no es preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria". A su vez la resolución de 26 de octubre de 1973 versó sobre una hipoteca que garantizaba varias cambiales, aunque en su pronunciamiento no se refirió en concreto al tema de la unidad o pluralidad de hipotecas.

A juicio de Roca Sastre(1), si la hipoteca se extiende a varias letras escalonadas de un mismo deudor no quedan constituídas tantas hipotecas como letras. Sapena (2) cree que pueden constituirse como única para todas las letras en conjunto, o dividiendo la responsabilidad entre las varias cambiales, - de manera que resultan tantas hipotecas como letras. Fernández Cabaleiro (3) estima que cuando la hipoteca cambiaria se constituye en garantía de varias letras de cambio, parece que nunca podrá hablarse de hipoteca única en garantía de diversas cambiales sino de tantas hipotecas como letras, y ello debido a que cada cambial especificará necesariamente, según el artículo 444, "la cantidad que el librador mande pagar", es decir, el importe por el cual se libra, lo cual supone siempre distribución de la responsabilidad de la responsabilidad hipotecaria. Cano (4) cree asimismo posible la constitución de hipoteca - en garantía de varias letras, tanto a favor de un tomador único como a favor de diversos tomadores: -

en el primer caso, por analogía con la hipoteca ordinaria con crédito a satisfacer en diversos plazos, y en el segundo, por ser éste el supuesto normal del artículo 154 de la ley. Destaca este autor, a quien sigue González Laguna (5), la grave diferencia existente entre la hipoteca ordinaria con crédito dividido en entregas periódicas y la hipoteca cambiaria en garantía de varias letras. En opinión de Tirso Carretero (6) es dudoso que sea posible constituir una sola hipoteca en garantía de una serie de letras de vencimientos sucesivos sin que la hipoteca deje de ser estrictamente cambiaria, porque no hay similitud entre este supuesto de pluralidad de letras, que no forman ningún conjunto sin trasladar los créditos garantizados al campo de la relación causal subyacente, y la hipoteca en garantía de una emisión de títulos-obligaciones en masa. Acaso la distribución entre tomador único y varios tomadores no sea tan decisiva porque el tomador no es el protagonista de la hipoteca cambiaria, sino el tenedor o conjunto de sucesivos tenedores. Sí es añade Tirso- totalmente distinto la pluralidad de plazos o entregas del crédito hipotecario ordinario y los varios créditos cambiarios derivados de distintas letras, porque entre aquéllos hay una íntima conexión, derivada de la unidad de causa y de relación obligatoria y, en cambio, entre los varios créditos cambiarios nacidos de distintas letras no hay tal conexión, sino que de cada letra derivan, o pueden derivarse, créditos y débitos abstractos, y si

- la constitución de hipoteca única en garantía de - las varias letras produce de alguna manera (y acaso "a posteriori") tal conexión íntima entre las letras ha de ser a costa de desnaturalizarlas y des - causalizarlas en un conjunto negocial, por lo demás oculto y clandestino.

A nuestro juicio, la alusión por la resolución a los artículos 1861 y 1876 y 154 de la ley Hipotecaria para fundamentar en ellos la unidad de la hipoteca o su pluralidad no tiene fuerza argumentativa alguna (7), neutralizándose -en una "interpretatio abrogans"- entre sí el singular de uno (1861) y el plural del otro (1876). Tampoco la tiene la referencia al artículo 154 por la NECESARIA unidad de causa de la emisión de los títulos en masa. Por la misma razón no cabe invocar el artículo 155 (8). Además, en este caso, si hubiéramos de atenernos a interpretaciones literalistas, en su párrafo segundo se habla de "hipotecas" ("En el caso de existir otros títulos con igual derecho ... dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos ..."). Ahora bien, esto no impide que se - PUEDA realizar un libramiento UNITARIO de varias letras en favor de distintos tenedores o de un solo - tenedor, sin que por ello se desnaturalicen las letras de cambio o la hipoteca. La UNIDAD DE CAUSA no se repele con el FRACCIONAMIENTO DOCUMENTAL de la obligación; antes bien se cohonesto con el carácter naturalmente, aplazado propio de las deudas documenta

tadas en cambiales. La unidad de causa actúa como -
CONDICIONANTE DE LA "QUAESTIO VOLUNTATIS" en orden
a la configuración unitaria de la hipoteca. De esta
manera se evitan los contagios "contra natura" de
las letras entre sí y, simultáneamente, se respeta
la voluntad de los particulares y el espíritu de la
ley.

B) Cláusulas de vencimiento anticipado

El supuesto de hecho de los pactos de vencimien-
to anticipado de la hipoteca y de todas las cambia-
les por haberse impagado y protestado solamente al-
guna de ellas es abordado directamente por la DGR y
N en tres resoluciones que, por formar un cuerpo u-
nitario de su doctrina, expongo continuadamente:

Resolución de 26 de Octubre de 1973: "Considerando, en cuanto al pacto contenido en la estipulación
6ª, acerca del vencimiento anticipado de la hipote-
ca, si no se satisficiera una de las cambiales, es
indudable que, dado el carácter imperativo que tie-
nen las normas de derecho cambiario, fundamentado -
en la protección de los derechos en juego, parece -
que tal pacto entre librador y librado puede afec -
tar a los derechos del principal interesado, el te-
nedor -que en este caso es, además, acreedor hipote-
cario-, ya que no hay que olvidar que al tener cada
letra una vida independiente de las restantes y po-
der ser o no endosable, lo que puede dar lugar a la

existencia de distintos tenedores, podrían éstos ignorar que por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida, todo lo cual desautoriza inscribir un pacto de esta clase, si bien siempre podrá el presentante solicitar la aplicación del artículo 434-2º del Reglamento Hipotecario y que se inscriba el título sin comprender el contenido de la cláusula que se rechaza."

Resolución de 31 de Octubre de 1978: "Considerando en cuanto al tercer defecto, relativo a la existencia en el contrato de un vencimiento de la única hipoteca para casos distintos del vencimiento de cada una de las letras de cambio, habrá de examinarse la cláusula discutida distinguiendo, tal como en la misma se hace, entre el vencimiento normal y el anormal;

Considerando que en cuanto al primero de los supuestos -vencimiento normal- no resulta de la lectura de la cláusula reseñada un vencimiento de la hipoteca distinto del que tienen las letras garantizadas y cada tenedor podrá proceder, de acuerdo con el artículo 155, 2º de la Ley, a ejecutar aislada o parcialmente la hipoteca en base al impago -justificado con el correspondiente protesto- de la letra o letras que sirvan de justificante a la ejecución, y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes, según se deduce del artículo 211 del Reglamento;

Considerando en cuanto al segundo de los supues -
tos (y sin entrar -por no haber sido materia de re -
curso- en la cuestión de la posible antijuidicidad -
de la cláusula discutida motivada por el vencimiento
anticipado de la hipoteca a causa del impago de una
cambial) que el pacto controvertido de la escritura
calificada y que es objeto de nota se encuentra ampa
rado en el artículo 1.255 del Código Civil que esta
blece el principio de autonomía de la voluntad, y -
los posibles obstáculos que pudieran presentarse da
do lo establecido en el artículo 1.170, 3º, del mis
mo cuerpo legal, quedando soslayados en la cláusula
octava de la mencionada escritura al exigir, como -
condición inexcusable para el ejercicio de la acción,
que se aporte en la demanda, además de los documen -
tos exigibles en el artículo 131 de la Ley Hipoteca
ria, todas las cambiales cuyo cobro ha sido garanti
zado y son de vencimiento posterior a la que ha re -
sultado impagada, por lo que ya no cabe que a la vez
que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar la de
una cambial aislada, y desaparecen a su vez las obje
ciones que, derivadas de la aplicación del derecho -
cambiario, fueron puestas de manifiesto en la Resolu
ción de 26 de octubre de 1973."

Resolución de 23 de Octubre de 1981: "Consideran
do que así como en la hipoteca ordinaria se ha enten
dido que es válido, al amparo del artículo 1.255 del
Código Civil, el pacto por el que se anticipa el ven
cimiento de la hipoteca ante la falta de pago de uno

de los plazos por el deudor en los casos en que el Crédito garantizado haya de ser satisfecho periódicamente, cuando este pacto se pretende encuadrarlo dentro de una hipoteca cambiaria, se observa la especial naturaleza de esta figura jurídica, puesta ya de relieve en la Resolución de 26 de octubre de 1973, que desautorizó la inscripción de un pacto de tal naturalaleza, dado el carácter imperativo que tienen las normas de Derecho Cambiario, entre las que destaca por su contenido la del artículo 488 del Código de Comercio y porque sobre todo no hay que olvidar que al tener cada letra una vida independiente de las restantes, y poder ser o no endosable, puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, y que estos puedan ignorar que, por falta de pago de una letra de vencimiento anterior la hipoteca había quedado vencida;

Considerando no obstante lo anterior que este mismo Centro directivo en Resolución de 31 de octubre de 1978 señaló que cuanto el pacto de vencimiento antipicado de la hipoteca aparece modalizado en el sentido de que si al tener lugar la ejecución hipotecaria por la totalidad de las cambiales emitidas no cabe que a la vez se pueda ejecutar una cambial aislada, como sucedía en la cláusula contrvertida origen de aquella Resolución, con un texto similar a la de la cláusula ahora discutida desaparecerían las objecciones derivadas de la aplicación del Derecho Cambiario (.) dado que al interponerse la demanda, ade

más de los documentos exigibles en el artículo 131 de la ley Hipotecaria, pueden presentarse por el tenedor-acreedor hipotecario todas las cambiales cuyo cobro ha sido garantizado y son de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada."

Así pues, las resoluciones posteriores parecen obviar el obstáculo surgido del artículo 488 de C. de C. y el peligro de que a la vez que la ejecución hipotecaria pueda tener lugar el de una cambial aislada. Señala Tirso Carretero (9) que tal peligro no existe. Como en la hipoteca auténticamente cambiaria no es posible ejecutar la hipoteca sin la aportación de las letras, tal peligro no existe. Ni era este peligro la razón de las objeciones derivadas del derecho cambiario a la cláusula de vencimiento anticipado. Por otra parte, el que sea una persona sola la tenedora de todas las cambiales es un requisito en cierto sentido insuficiente, si no hay tenedor único durante toda la vida de las letras, y en otro sentido, innecesario porque al ejecutar todas las letras por vencimiento anticipado o normal deben aportarse todas las letras, pero no es necesario que sea una sola persona quien demande y aporte todas. Respecto a esta exigencia precisa el citado autor: a) En primer lugar, si este requisito fuese necesario estaría implícito en el presentar todas las letras para la ejecución de la totalidad de la hipoteca y por ello resultaría innecesario hacerlo constar en la cláusula

la; b) No se comprende por qué haya de existir un solo tenedor de todas las letras si los varios tenedores, acaso los mismos varios tenedores (tomadores) - originarios, concurren a la ejecución de sus respectivas letras; c) Acaso el requisito verdaderamente exigible sería que el tomador o tomadores originarios o primeros fuesen los mismos que van a la ejecución, por no haber habido negociación alguna de las letras, para evitar que puede haber algún endosante perjudicado por su desconocimiento de la cláusula. Pero si este requisito tiene tal sentido, su exigencia nos demostraría que la cláusula de vencimiento anticipado desnaturaliza la letra y, por consecuencia, la hipoteca cambiaria; d) no se indica el momento en el que el tenedor de todas las restantes cambiales ha de ser una misma persona y tampoco se aclara que esta persona sea el tenedor de aquélla cuyo impago al vencimiento desata el anticipado de los demás. Por ello la frase de referencia además de inútil e inexacta es un otro sentido insuficiente. Lo único decisivo para la total realización del valor de la hipoteca es que se aporten a la demanda ejecutiva todas las cambiales y esto, por sabido, bien puede callarse en la cláusula. El problema está en si cabe la ejecución total incluyendo letras aún no vencidas en base a tal cláusula sin que las letras queden inmovilizadas en el momento de constituirse la hipoteca con la expresada cláusula por virtud de la causalización de las letras que resulten inidóneas para la circulación como títulos abstractos.

A nuestro juicio hay que deslindar nítidamente el problema del vencimiento anticipado del de la causalización de la letra y recomponer los intereses en juego. Ante todo la causalización de la letra no es obstáculo para la hipoteca cambiaria. Es más, si la letra no fuera documentación de una obligación, sería inconcebible garantizarla -como "RES MOBILIS"- con una hipoteca. El verdadero problema no es que el pacto de vencimiento anticipado invierta la relación normal crédito-hipoteca, haciendo las letras accesorias de la hipoteca y convirtiéndolas en meros documentos probatorios del crédito, sino SI el vencimiento anticipado de letras de cambio está PERMITIDO fuera de los casos expresamente previstos en el Código de Comercio (art. 510 y 481). Por lo mismo tampoco es objeción la esgrimida por Cano de incumplirse lo previsto en el artículo 131, regla segunda, I de la Ley Hipotecaria, o sea, la "exigibilidad" del crédito para poder admitir a trámite la ejecución hipotecaria. Si se admite el vencimiento anticipado, el crédito sería exigible. A este respecto hemos de tener en cuenta:

a) Que aunque una cosa es el pago anticipado de mutuo acuerdo y otra el vencimiento anticipado, es indudable que inscribir un pacto de vencimiento anticipado implica imponer un cumplimiento COACTIVO en contra de lo dispuesto por el artículo 493 del Código de Comercio.

("El portador de una letra no estará obligado a percibir su importe antes del vencimiento") y que el vencimiento a que se refiere este precepto no es el pactado en la escritura de hipoteca, sino el vencimiento propio de la letra ex artículos 488 y 455. Que tal cosa no perjudicaría al portador sino que le beneficiaría no quiere decir que está OBLIGADO a ello ni a SOPORTAR las eventualidades que de ello se deriven (levantar en su caso el protesto, desplazamientos, colocación de capital, anticipación del plazo para prescripción de acciones cambiarias...).

b) Que el hecho mismo de haberse constituido hipoteca elimina los riesgos de insolvencia que pudieran justificar tal medida. En todo caso, contaría no sólo con la ACCION DE DEVASTACION HIPOTECARIA (art. 117 de Ley Hipotecaria) sino también con la posibilidad de vencimiento anticipado que supone el artículo 481 del Código de Comercio.

c) TERCEROS serían respecto al vencimiento anticipado los ENDOSANTES, a quienes se les habría descontado los intereses correspondientes al tiempo intermedio entre el endoso y el vencimiento que figura en la letra. La discordancia entre la "SUMMA EXECUTIONIS" de la hipoteca tal y como figura en el Registro y el precio del dinero ejecutado al tiempo del vencimiento antici-

pado origina un diferencial ("INTERUSURIUM") en perjuicio del "SOLVENS". Como ha escrito el Profesor Beltrán de Heredia: "el valor del aplazamiento no disfrutado produce verdaderamente un ENRIQUECIMIENTO EN SENTIDO TECNICO en el caso de las letras de cambio, en las que no se admite la cláusula de interés y la contraprestación del aplazamiento está englobada en el capital que se tiene que restituir a su vencimiento" (9).

d) El vencimiento señalado en una letra de cambio tiene el carácter de término ESENCIAL (art.455: "Todas las letras deberán satisfacerse el día de su vencimiento"), irreconciliable, por tanto, con una actualización pactada de la exigibilidad del vínculo obligacional.

Notas

- (1) "Variaciones...." p.257
- (2) RDM nº 62 pp. 261y ss
- (3) Loc. cit. pp.339
- (4) Loc. cit. 575 y ss
- (5) Loc. cit. pp. 869 y ss
- (6) RCDI nº 540 pp. 1180 y ss
- (7) En el mismo sentido Tirso Carretero
- (8) En este punto no cabe aplicar la analogía, pues lo que caracteriza a los tributos en serie -frente a los títulos individuales (letra de cambio)- es precisamente su caracter fraccionario de una operación unitaria. Vide a este respecto la observación de - Chiomenti recogida en nota (6) del Cap. II del Tit. V.
- (9) Loc. cit. p. 1185
- (10) Op. cit. 287

6202

CAPITULO III

INFLUENCIA DE LA OBLIGACION
GARANTIZADA

CAPITULO III

INFLUENCIA DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

A) Embargo de la letra de cambio y embargo del crédito hipotecario.

De conformidad con el artículo 491 del Código de Comercio "el pago de una letra vencida hecho al portador - se presumirá válido, A NO HABER PRECEDIDO EMBARGO DE SU VALOR POR AUTO JUDICIAL". Los artículos 2128 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ocupan del embargo provisional de una letra de cambio.

A juicio del Profesor Garrigues (1) "si la provisión de fondos, es decir, el crédito del librador contra el - librado, fue objeto de embargo judicial, ya no puede el librado pagar válidamente la letra a su portador legítimo. El artículo 491 no distingue a este respecto entre - letra endosada y letra no endosada, y llevando a sus últimas consecuencias la falta de independencia de la letra de cambio respecto al contrato causal, no exige el - embargo de la letra, sino el de su valor, es decir, el - embargo de la cantidad que el librado destina al pago de la letra y que constituye su deuda para con el librador". "En el conflicto entre el portador de la letra y el acreedor embargante de la provisión, el Código de Comercio es español de preferencia a este último... El artículo 491 - responde al concepto legal español de la letra de cambio según el cual la letra no figura desconectada de su causa civil".

En este caso el embargo de la provisión afectará a la hipoteca-paralizándola- cuando pretenda hacerla valer el librador contra el librado provisto. No prejuzgaré, en cambio, el derecho hipotecario de los terceros Tenedores (1). Contra el librado aceptante (art. 480: - "sin que pueda relevarle del pago la excepción de no haberle hecho provisión de fondos el librador") ni el de éstos contra los demás obligados cambiarios cuando la hipoteca se hubiere constituido. También en garantía de estas otras obligaciones cambiarias.

Es posible, no obstante, que lo que se embargue no sea la provisión de fondos, sino el crédito cambiario - de un determinado tenedor. En efecto el art. 1447, nº 101 declara embargables los créditos no realizables en el acto, según Casals Colldecarrera (3) el embargo "que no vaya acompañado de la física aprehensión de la cambial, no provoca las consecuencias del art. 491 del Código de Comercio; si, pese a tal embargo, la letra prosigue su circulación y es transferida a tercera persona, el deudor cambiario de la letra trabada no podrá eludir su pago al tercero endosatario al amparo de aquélla norma legal; y si paga la letra a su vencimiento a dicho último endosatario, posterior al embargo meramente nominal, este pago será liberatorio del deudor". A nuestro juicio, la liberación del deudor no depende tanto del hecho físico de la aprehensión de la letra - que más que condicionar la liberación lo que hace es removerla o evitar su posibilidad- cuanto de la buena fe en el pago según le haya sido o no notificado el embargo. Este lleva

consigo una transmisión "de inre" con independencia del en
doso. Por tanto, debe serle aplicable el art. 347 del C. -
de C. que, en su párrafo segundo, impone la notificación al
deudor y computa desde ella la ilegitimidad del pago.

¿Se extiende el embargo del crédito cambiario al cré-
dito hipotecario?

Distingamos:

a) Hipoteca cambiaria constituída en garantía de una -
sola obligación (librado-aceptante): el crédito hipoteca-
rio se considera embargado si el tenedor de la letra a su
vencimiento es el acreedor embargado. Pero no si quien -
ejercita la acción hipotecaria es un tercer tenedor.

b) Hipoteca cambiaria constituída en garantía de to-
das las obligaciones cambiarias: la situación es idéntica
a la expuesta en el párrafo anterior, si bien los terce-
ros podrán dirigirse hipotecariamente contra cualquier -
obligado cambiario.

¿Es lícita la anotación preventiva de embargo del cré-
dito hipotecario?

Creemos que esta ha de limitarse al crédito hipoteca-
rio del tenedor acreedor-embargado si bien contra cualquier
obligado cambiario (en caso de haberse constituído hipote-
ca en garantía de todas las obligaciones cambiarias), pero
no puede prejuzgar en abstracto el crédito hipotecario de
un tenedor al vencimiento que no sea aquel. Criterio que -
viene avalado por la exigencia contenida en el artículo -
166, regla 3ª del R.H. que impone la constancia en el manda

miento de las circunstancias de "aquel contra quien se haya dictado", requisito de imposible cumplimiento en nuestro caso por ser desconocido quién será el tenedor al vencimiento de la letra.

En cuanto a la cancelación de la hipoteca distinguimos:

a) Si quién la solicita es el tenedor acreedor embargado será necesario el consentimiento del anotante por vía de analogía con lo establecido en el artículo 175 regla 4ª del R.H. para las subhipotecas.

b) Si la cancelación es solicitada por el tenedor que no es el acreedor embargado hay que subdistinguir:

1) Si se tomó anotación registral del endoso del crédito hipotecario con anterioridad a la del embargo, podrá instar la cancelación sin el consentimiento del anotante.

2) En otro caso, ante la imposibilidad de contar con fecha cierta legítimamente averada (a menos que se hubiere legitimado el endoso), será necesario dicho consentimiento.

c) Si la cancelación es solicitada por el deudor hipotecario, subdistinguiamos de nuevo:

1) Si no le fue notificado el embargo, puede el deudor hipotecario que paga la deuda garantizada con la hipoteca solicitar la cancelación por los trámites del art. 82 de la LH., bastando a tal efecto el consentimiento del acreedor hipotecario.

2) Si le fue notificado el embargo, será necesario el consentimiento del acreedor hipotecario, por imperativo del art. 82, y el del anotante, por aplicación del art. 175.

En caso de negarse el anotante a consentir la cancelación podrá hacerse de una forma coactiva, mediante mandamiento judicial. Es deducible esta posibilidad del propio art. 175, que cuando impone la consignación de la cantidad que la anotación de embargo (subhipoteca) asegura, lo hace como subsidiario del incumplimiento del requisito del consentimiento, esto es, de la cancelación voluntaria. Y según el art. 180 del RH cuando la cancelación de una inscripción debe hacerse en virtud de consignación, será preciso el mandamiento judicial a que se refiere el artículo 1180 del Código Civil, en el cual conste que la cancelación está bien hecha y se ordene la cancelación. Así pues, en defecto del consentimiento, ADEMAS de los requisitos propios de la cancelación de la hipoteca, el mandamiento judicial que suple el consentimiento del anotante (subhipotecario) (4)

B) Adquisición de la hipoteca cambiaria por virtud del pago de la letra

La hipótesis de pago por un endosante, un avalista o un interventor plantea dos tipos de problemas:

a) Pago parcial: en cuyo caso se forma una especie de cotitularidad "pari gradu" entre el que paga parte del importe de una letra y el tenedor legítimo de la misma, concurrente sobre el derecho de hipoteca cambiaria.

b) Alcance de la subrogación: ¿es plenamente aplicable lo dispuesto por el artículo 1212 del Código Civil - ("La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas") para la subrogación por pago normal?(5). También aquí hay que distinguir:

1) Constituída hipoteca cambiaria en garantía de todas las obligaciones cambiarias, la adquisición "ope legis" de la cambial implica en todo caso la adquisición de la garantía.

2) Hipoteca cambiaria en garantía del pago de una determinada obligación cambiaria: la adquisición del crédito cambiario sólo se produce frente a los obligados cambiarios anteriores al que paga. Así pues, si la hipoteca se constituyó en garantía de una obligación cambiaria anterior, el que paga la letra adquiere con ella la hipoteca; si, por el contrario, la hipoteca garantiza una obligación posterior, al quedar liberados los obligados sucesivos con el pago, el que paga no deviene titular de la obligación garantizada ni, por ende, de la hipoteca.

Notas

- (1) Tratado, pp. 504 y 509
- (2) Sentencia de 8 de noviembre de 1933: "Con toda claridad se deduce de todo su articulado referente a la materia de que se viene tratando, el que por estimar condición esencial al carácter y naturaleza de la letra ha de ser circulante, a esa condición no se pongan trabas y que el pago se verifique al legítimo tenedor el día de su vencimiento a no ser que por una causa más o menos ligada a la provisión de fondos, - se haya procedido al embargo de su valor por auto judicial....."
- (3) "Estudios de oposición cambiaria", III pp. 352 y 353
- (4) En este sentido, Gullón Ballesteros: "El derecho real de subhipoteca", Bosch, Barcelona 1957, pp. 118 y ss.
- (5) Al respecto, Salandra: "Il riacquisto del diritto cambiario nel pagamento parziale del girante e surrogazione nell'ipoteca" Riv. dir. comm. 1939, II, pp. 130 y ss.

T I T U L O V I I

LA FUNCION DE LA

HIPOTECA CAMBIARIA

CAPITULO I : La aporía de la legitimación cartular

CAPITULO II: La naturaleza jurídica de la hipoteca
cambiaria.

CAPITULO I

LA APORIA DE LA LEGITIMACION CARTULAR

Planteamiento

- A) LA FUNCION DE LA POSESION Y DEL ENDOSO EN
LA TRANSMISION DE LA HIPOTECA CAMBIARIA
- B) LA FUNCION DE LA POSESION Y DEL ENDOSO EN
LA DETERMINACION DEL TITULAR
- C) LA BUENA FE EN FUNCION DE INTEGRACION DE
LA OBLIGACION
- D) PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL

RECAPITULACION: FUNCION DE LA OBLIGACION EN
LA HIPOTECA CAMBIARIA

CAPITULO I

LA APORIA DE LA LEGITIMACION CARTULAR

Planteamiento

Constituye un error de partida abordar la hipoteca cambiaria desde las disposiciones mercantiles en torno a la figura del tenedor cambiario. La ley no confiere a éste la cualidad de titular del credito o verdadero acreedor. EL CODIGO DE COMERCIO, en cuanto regula la letra de cambio, NO TIENE NI DEBE TENER POR OBJETO LA DETERMINACION DEL TITULAR DEL CREDITO= Por ende, tampoco del ACREEDOR HIPOTECARIO. La afirmación contraria -en la que se apoya la configuración abstracta, objetiva de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad dotada de naturaleza quasi-cambiaria- envuelve la falsa creencia de una LEGITIMACION CARTULAR AUTONOMA con entidad suficiente como para SUSTITUIR a la LEGITIMACION REGISTRAL.

Desde luego afirmamos que no es la posesión " per se" en la función específica que la caracteriza como categoría jurídica autónoma la que obra a los efectos de la letra de cambio. Con esto no pretendemos reducir la posesión al mero ejercicio de un derecho ni conde- narla a seguir la trayectoria del no titular (1). Sim-

plemente resaltamos que para el estudio de la hipoteca cambiaria importa fundamentalmente la relación de la posesión con el crédito en cuanto contribuye A la CIRCULACION DEL TITULO-VALOR COMO INDICE DE PUBLICIDAD DEL Derecho. AUNQUE LA TENENCIA DEL DOCUMENTO (POSESION DE LA COSA) SE INTERPONGA NO TIENE RELEVANCIA POR SI -en cuanto tenencia- SINO POR LO QUE EL DOCUMENTO REPRESENTA.

El Profesor Hernández Gil (2), al tratar de la irreivindicabilidad de los títulos al portador negociados conforme al artículo 545 del Código de Comercio, sienta lo siguiente: "La exclusión de la reivindicación no era, sin embargo, su propietario o titular. Por tanto, la posesión no actúa con la misma intensidad en la transmisión del título y en la identificación del titular. No existe una transmisión del título separable de la tradición del documento. En cambio, puede haber un titular que no sea el poseedor del documento. Para que esto sea así hay que contar con un elemento causal atributivo distinto (y complementario) de la posesión y de la tradición. Lo que hace la posesión es legitimar como titular al poseedor en la posesión del transmitente..." ¿es sostenible este criterio respecto de la letra de cambio?.

A) FUNCION DE LA POSESIÓN Y DEL ENDOSO EN LA TRANSMI-
SIÓN DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

La afirmación de que no existe una transmisión del título separable de la tradición del documento ¿qué señala? ¿La transmisión del título como expresión de un derecho de crédito, del título como documento susceptible de posesión o bien del título como objeto del derecho de propiedad? Si lo primero, sería una afirmación falsa, como enseguida veremos; si lo segundo, sería un "idem per idem" (la transmisión del título como transmisión de la posesión del documento es inseparable de la tradición del documento); si lo tercero, no hay nada que objetar, salvo que lo que importa es la titularidad del crédito no la propiedad de la letra.

La entrega de la letra y la cláusula de endoso constituyen el MODO del contrato traslativo de los derechos cambiarios. La entrega es en todo caso una "TRADITIO CUM CAUSA". Por esta razón, los endosos cuya causa no es traslativa no transmiten la titularidad del crédito. Los llamados endosos limitados (de garantía o de apoderamiento) no confieren al tenedor la propiedad de la letra ni poder de disposición sobre el título. Sin perjuicio de que si dispone del título quede amparado el tercero adquirente como en el caso de las adquisiciones de un no titular (3).

"No admitimos -ha dicho el Prof. Garrigues(4)- que la transferencia derive del contrato de entrega, mientras que la legitimación deriva del acto unilateral del endoso. En nuestra opinión, ambas cosas derivan del endoso, tesis esta que no impide admitir que haya casos de transmisión de la propiedad de la letra sin la legitimación característica del endoso (así en los casos de herencia, de subasta, de fusión de sociedades, de cesión de cartera, etc.)". De esta manera se opone Garrigues al pensamiento de Ferrara (5) de que la propiedad de la letra no se adquiere mediante el endoso, pues el simple hecho de que alguien escriba sobre el título un endoso, conservándolo en su cartera, no da lugar a adquisición alguna por parte del endosatario, aunque el hecho tenga eficacia en orden a la legitimación. La disputa, sin embargo, es más logomáquica que de fondo. El primer autor parte de un concepto amplio de endoso -como acto complejo, real y escriturario al propio tiempo- en tanto que el segundo adopta un concepto restringido, formulario.

El endoso de una letra requiere, para la transmisión del crédito: contrato traslativo, cláusula de endoso y entrega. El hecho de que, no obstante la invalidez del acto adquisitivo, tengan relevancia el endoso y la entrega no significa que éstas legitimen para el ejercicio del derecho (6). En este caso la autono-

mía de la posesión y del endoso no es tal. Como pretendiendo demostrar en este Capítulo, se trata de una función formal, referencial, la desempeñada por ambas.

La transmisión del crédito cambiario no se funda en el endoso, sino en el elemento causal atributivo distinto y complementario. La transmisión por endoso es una transmisión TAN NEGOCIAL como la operada con la cesión ordinaria del crédito cambiario. Celebrado el contrato traslativo y no efectuada la "traditio" o no documentada la cláusula de endoso, las partes pueden compelerse a su cumplimiento (art. 1279 C.C.). Posesión y endoso constituyen los soportes para la completa TUTELA CAMBIARIA (literalidad, autonomía) del tercer poseedor, no para la transmisión del crédito cambiario. El endoso es, respecto de la posesión, requisito "sine qua non" PARA su equivalencia con el título. La cesión ordinaria del crédito hipotecario exige, en cambio, el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro.

Junto al endoso y a los medios ordinarios del Derecho Civil, puede también transmitirse la hipoteca cambiariamente -como consecuencia del mecanismo documental de la letra- en los casos en que el librador, el endosante, el interventor o el avalista paguen la letra. En todos estos supuestos habrá que estar a lo que para cada caso prevee el Código de Comercio (art. 458, 460, 512 y 519).

Derecho Alemán

En el derecho alemán la transmisión de la hipoteca cambiaria queda dispensada de inscripción en el Registro según el parágrafo 1187 del BGB, que en su proposición tercera excluye la aplicación del parágrafo 1154, parágrafo segundo.

Para Wolff (7) la razón que impide conformar la hipoteca en garantía de títulos a la orden como hipoteca de tráfico radica en el modo de operarse su transmisión. Refiriéndose a una particular configuración de estas hipotecas como títulos reales, señala que si pudiera inscribirse una "hipoteca de cédula", la cédula hipotecaria junto al título de crédito no podría dar lugar más que a confusiones, principalmente cuando uno y otro documento vinieran a parar a manos de personas diferentes. Por otra parte, si se tuviera que exigir para la cesión la entrega del título y la de la cédula hipotecaria, se dificultaría la circulación del título-valor. Pero -añade- es el caso que la "hipoteca de tráfico y de registro", aunque se excluyera en lo que afecta a su transmisión el parágrafo 1154, párrafo 3, también originaría dificultades desde el momento en que se hallasen en pugna la confianza, legalmente protegida, en el título y la confianza en el Registro. ¿Habría de poderse confiar en el silencio del Registro si del título

resultaba evidente la extinción del crédito? O, por el contrario, ¿habría de adquirir la hipoteca el que confía en el título si del Registro hacía visible su extinción? No queriéndose dificultar la aptitud de circulación de los títulos al portador y a la orden, no cabría impedir la aplicación de las normas de los títulos valores mediante la aplicación de los principios de Derecho Inmobiliario, y hubo que abstenerse de extender la "publica sides" del Registro al crédito hipotecario. Por tanto, el propietario de la finca gravada puede oponer al adquirente del título todas y solo las objeciones que el emitente puede alegar contra el tenedor del título a tenor del parágrafo 796 del BGB y del artículo 82 de la ley cambiaria.

Sin embargo, frente a la regla general que erige la "Einigung" y la "Eintragung" en componentes imprescindibles de las transmisiones hipotecarias, la hipoteca cambiaria se transmite CON INDEPENDENCIA DE LOS "IMMOBILIARRECHTLICHEN GRUNDSÄTZEN" y DE CONFORMIDAD CON LAS "WERTPAPIERRECHTLICHEN REGELN" (·8)). Sustituída la "Wechselordnung" por la "Wechselgesetz" el 21 de Junio de 1933, desaparecieron los asideros legales que mantenían la declaración unilateral de voluntad del emitente, como fuente única de la obligación cambiaria. Con ello quedó yermo el campo de cultivo de la "Kreationstheorie". Promulgada la "Wechselgesetz", con un régimen ju-

rídico (especialmente art. 29) devastador de las precedentes orientaciones doctrinales, en alguno de sus más importantes artículos (así, art.17) aparecen los indicios contractualistas. Así también en el BGB. En el párrafo 305 se nos muestra al contrato como horno jurídico donde se cuece la obligación cambiaria y su inserción en el título-valor. De este contrato nace una obligación abstracta. La "Begebungsvertrag" se perfila como "dinglicher Vertrag" a la manera de contrato de emisión tendente a colocar en el tráfico jurídico lo previamente convenido. La "Begebung" es, por decirlo con un retruécano, un producto de la "Begabung" o ingenio alemán para conectar una realidad civil (contrato primigenio) con un acto mercantil (la letra de cambio). Mediante este "dinglicher Vertrag" las partes revelan estar de acuerdo ("Einigung") en la modificación jurídico-real que la documentación cambiaria supone para su relación obligacional. La "Ubergabe" (entrega) entra en escena vestida de verdugo del contrato obligacional, ejecutora de la "Begebung" y nodriza en el nacimiento de la obligación cambiaria al tráfico jurídico. Esto no comporta, en absoluto, la muerte de la relación fundamental, sino un desmayo pasajero, pudiendo recobrar su sentido y alegar el mal que la aqueja en forma de pretensión de enriquecimiento injusto (art.17 WG) (9).

Este mecanismo se reproduce en el endoso. Este no

consiste en una simple cláusula ("Indossament") y entrega "Ubergale"); requiere, además, un contrato ("Begebung durch Indossament"). La única diferencia con la cesión ordinaria se cifra -según Dabin- en el hecho de que mediante el endoso se provee al cesionario de un medio de legitimación.

Derecho Italiano

En el Derecho Italiano, el Código Civil de 1942 introducía en el artículo 2831, párrafo segundo, el principio de transmisión automática de la hipoteca cambiaria a los sucesivos poseedores de la letra. Los problemas surgieron con las profusas elaboraciones doctrinales en torno a este fenómeno:

a) Autores como Mengoni (10), Gorla (11), De Semo - (12), Giannattasio(13), defienden la incorporación de la hipoteca a la letra de cambio hasta el punto de asumir las mismas características de ésta : autonomía, literalidad y abstracción. La hipoteca se transmite con el endoso COMO el crédito cambiario.

b) Autores como Mesineo (14), Rubino (15), Angeloni (16), Di Carlo(17), Guglielmucci(18), Pavone(19), sostienen que la hipoteca constituye un mero accesorio externo que no participa de la naturaleza del crédito -

cambiario, aunque puede presentar ciertos aspectos de autonomía. Para estos autores la hipoteca se transmite CON el crédito cambiario, no como éste(20).

Se trata de un problema que afecta sobre todo al régimen de EXCEPCIONES OPONIBLES por el deudor hipotecario a los sucesivos adquirentes del título (21) y a la ADQUISICIÓN "A NON DOMINO" de la cambial. A este respecto ha escrito Rubino: "In materia di titoli di credito, del resto, astrattezza, autonomia e letteralità concernono anzitutto gli stessi negozi cambiari: ma, rispetto a quello di ipoteca, la prima non è nemmeno concepibile. La seconda è parimenti esclusa dal fatto che quel negozio rimane pur sempre unico e identico nonostante le successive girate, ognuna delle quali crea una nuova obbligazione ma non certo una nuova ipoteca; la terza, infine, trova la sua massima consacrazione nell'iscrizione sui registri, che, essendo stata mantenuta, conserva il suo valore essenziale, sebbene ora non sia completa senza l'annotazione sul titolo di credito. L'ipoteca, insomma, partecipa della cambiale solo quanto ALLA CIRCOLAZIONE, ma non agli altri effetti" (22).

Las consideraciones formuladas por Rubino han sido ulteriormente desarrolladas por Guglielmucci y por Pavone. El primero muestra su disconformidad con Rubino

en cuanto que sí es "concebible" una abstracción de la hipoteca entendida como insensibilidad a los vicios del negocio constitutivo de hipoteca, no, obviamente, a los afectantes a la relación subyacente a la emisión de la cambial. Igualmente concebible, en abstracto, es la característica de la autonomía, entendida como inoponibilidad al adquirente de las vicisitudes modificativas o extintivas de la garantía(23). Como se ve es una matización más de forma -terminológica- que de fondo (siendo distinto el significado que da Rubino a la autonomía y a la abstracción), aunque dotada de indudable interés práctico.

En torno al importante tema de la adquisición "a non domino" e inoponibilidad de excepciones son reconducibles a tres las posturas de la doctrina italiana:

a) La de quienes, como Ascarelli(24) y Righi(25), consideran incompatible la transmisión de la hipoteca con la originariedad de la adquisición del título. Para estos autores el endoso de una letra garantizada con hipoteca es un acto formalmente único y sustancialmente doble, pues supone dos actos traslativos distintos: uno, unilateral y abstracto, que tiene por objeto el crédito cambiario; otro, bilateral y causal, referente a la garantía hipotecaria. El primero, sujeto a las reglas de circulación de los bienes muebles; el segundo, afecta-

do a las reglas de circulación de los derechos. Por tanto, la transmisión de hipoteca ha de excluirse en los casos de adquisición "a non domino" del título cambiario. La buena fe, capaz de sanar el defecto de titularidad de la cambial, se revela inidónea para sanar el defecto de titularidad de la hipoteca, que permanece sujeta a las reglas sobre la cesión de derechos.

b) La de quienes, como Sotgia(26) o De Martini(27), además de Gorla y De Semo, sustentan que, una vez admitida la circulación de la hipoteca cambiaria con el título de crédito, es forzosa la aplicación de los principios de la circulación cambiaria a la hipoteca. La posesión de buena fe permite la adquisición "a non domino" de la hipoteca en cuanto idónea para atribuir, mediante la posesión cualificada del título, la titularidad de los derechos a él incorporados. Es la tesis de la unión sustancial, no meramente formal; de la originariedad de la adquisición como sinónimo de autonomía del derecho; de la accesoriedad entendida no como repercusión de las vicisitudes del principal en el accesorio sino como contagio de la naturaleza jurídica de aquel en éste. En fin, es la concepción objetiva y cartular que condena la hipoteca a vivir aprisionada en la literalidad cambiaria.

c) Las posturas intermedias, representadas por Gu-

glielmucci y Pavone. Estos autores distinguen entre la "fattispecie" constitutiva de la hipoteca cambiaria y las vicisitudes relativas a su transmisión. La hipoteca no NACE de una declaración cartular y, por ende, aunque esté mencionada en el título, NO está SUJETA AL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN CARTULAR: la invalidez del negocio constitutivo de la garantía hipotecaria opera incluso frente al tercer portador del título, PORQUE no hay una declaración cartular (constitutiva de la relación de garantía) en relación a la pueda perfilarse un fenómeno de independencia de la relación causal. La hipoteca válidamente constituida se transmite, en cambio, al portador de la cambial incluso en el caso de adquisición "a non domino" NO PORQUE la hipoteca tenga naturaleza cartular, SINO PORQUE, constituyendo la hipoteca "un accesorio" del crédito cambiario, está sujeta a las vicisitudes relativas a la transmisión de éste.

B) FUNCION DE LA POSESION Y EL ENDOSO EN LA DETERMINACIÓN DEL
TITULAR

Si la no titularidad no es generadora de la autonomía del fenómeno posesorio (28), tampoco la titularidad del crédito cambiario es generada por la posesión a solas ni por la posesión en unión de la tradición. El sentido del artículo 488 ("Las letras de cambio deberán pagarse al tenedor el día de su vencimiento, con arreglo al artículo 455") debe integrarse con el del 491 ("El pago de una letra vencida hecho al portador se presumirá válido..."). LA TENENCIA DE LA LETRA COMO CONTRAPUNTO DE UN PAGO LIBERATORIO, NO COMO ATRIBUCIÓN DE LA TITULARIDAD DEL CRÉDITO sin más. Creemos que ni siquiera entonces se produce una definitiva liberación de la obligación del deudor. Para eliminar la perpetuación de la obligación será preciso que haya efectuado el pago de buena fé. No sólo por virtud de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 7, párrafo primero del Código Civil (29), sino por lo específicamente prescrito en el artículo 1164 (30) de este cuerpo legal ("El pago hecho de buena fe al que estuviera en posesión del crédito, liberará al deudor") y 57 del Código de Comercio ("Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe...").

El artículo 491 del Código de Comercio, no estable-

ce un régimen excepcional derogatorio (31) del estatuido en el Libro IV del Código Civil para las obligaciones en general. La particularidad del artículo 491 es subsumible en la que representa el artículo 1164 respecto del sistema obligacional consagrado en el propio Código Civil. No hay -no puede haberla- dispensa -en cuanto presunción "iuris tantum" de titularidad con la consiguiente inversión probatoria- al tenedor de una letra de cambio de la carga de la prueba de la titularidad del derecho, puesto que ésta no depende de la tenencia de la letra. La legitimación posesoria acredita una investidura formal (32), abstracción hecha del derecho o de su titularidad. Si el tenedor no afirma ésta, no puede ser de su incumbencia probar la titularidad, sino sólo la tenencia. Por esta razón, la prueba contraria del deudor no puede ir referida a la investidura dimanante de la posesión que, como tal "ius in thesi"(1), es incontestable. La prueba a cargo del deudor ha de ir, por tanto, necesariamente dirigida a una situación sustancial, cuya acreditación revele la falta de correspondencia entre aquella situación formal y la verdadera titularidad o derecho de crédito. La formación de la posesión se agota, pues, en la investidura. Sin trascender a la titularidad.

Ni de la posesión del título cabe derivar derecho alguno a favor del legitimado por su tenencia, ni la

legitimación cartular es verdadera legitimación para el ejercicio del derecho de crédito a favor del tenedor. ¿Qué efectos corresponden a la denominada legitimación posesoria? Respecto del crédito, la legitimación posesoria en la letra de cambio, lejos de constituir una legitimación activa determinante del ejercicio del derecho de crédito y, por tanto, del ejercicio del derecho de hipoteca a él accesorio a favor de quien resulte tenedor del título cambiario, reduce su campo de repercusión jurídica al de servir de soporte objetivo al solo efecto liberatorio que es debido a la buena fe del deudor que paga. Como quiera que el efecto liberatorio del pago no deriva directa o autónomamente de la posesión del título cambiario, no es exacto hablar, en buena técnica jurídica, de legitimación posesoria en el Derecho Cambiario, más que en el sentido indicado: efecto liberatorio del pago efectuado de buena fe por el deudor al tenedor legítimo..

La hipoteca cambiaria no debe temer por ninguna "legitimación cartular" que haga quebrar el principio de publicidad hipotecaria. La idea de que el binomio POSESIÓN-LEGITIMACIÓN es una PROYECCIÓN EXTERNA del correlativo PROPIEDAD-TITULARIDAD ((33)) NO ES FUNDADA. Aún sin desbordar la significación interna de la primera de estas correlaciones -esto es, sin entrar todavía a considerar la limitada importancia del derecho

de propiedad sobre la letra respecto de la del crédito cambiario-, es comprobable la equivocidad del mencionado trasunto. De la misma manera que, en términos Kantianos, el juicio por el que se afirma que el poseedor está legitimado con las acciones interdictales o que el legitimado con éstas es poseedor, será siempre sintético (34). EL JUICIO POR EL QUE SE AFIRMA UNA "POSSESSIO AD LEGITIMATIONEM" entendida COMO LEGITIMACIÓN CARTULAR para reclamar el pago de la letra el tenedor, SERÁ SIEMPRE ANALÍTICO. Efectivamente, si el tenedor de la letra es el verdadero titular del derecho, su legitimación no procedería de la posesión del título sino de su propia titularidad material. Si, por el contrario, el tenedor del título cambiario no es el titular del derecho y, sin embargo, el deudor le efectúa el pago de buena fe, sólo cabe hablar de legitimación de aquél en cuanto juicio de calificación "A POSTERIORI", o sea, EN TANTO EN CUANTO SE HAYA EFECTIVAMENTE PRODUCIDO EL PAGO DE BUENA FE. Se ha dicho que el poseedor no titular es un fenómeno completamente irrelevante, en cuanto la legitimación asume un significado solamente después de que ha sido consumada, de modo que no puede ser proyectada en una fase anterior a la "solutio": es una legitimación que nace del hecho y en el hecho se consuma (35). Pero entonces no hay, propiamente, legitimación -como presupuesto objetivo-subjetivo para ejercitar un derecho -ni posesión- como

un "prius" que es, no como resultante del ejercicio de un derecho-.

La especial eficacia adquisitiva "a non domino" y la eficacia liberatoria del pago no son medidas de tutela de la posesión sino del TERCER poseedor DE BUENA FE. Ni la una, ni la otra derivan inmediatamente de la posesión. En ninguno de ambos casos actúa ésta con autonomía. Y no puede decirse que en el plano de las adquisiciones del derecho la posesión actúe en unión de la tradición legitimando como titular al precedente poseedor transmitente. La posesión precedente no confiere legitimación al transmitente para el ejercicio del derecho por las mismas razones que no dimana de ella legitimación a favor de tenedor para reclamar el pago al deudor. No hay razón para discriminar, con base en la posesión, el ejercicio del derecho de la adquisición del derecho, tratándose de cambiales. En efecto, también con el pago liberatorio se obtiene la adquisición del estado de liberación de una deuda ("adquisito libertatis") que es un efecto jurídico de no menos trascendencia que la adquisición de su correlativo derecho. Por otra parte, la naturaleza (obligacional o real) del efecto jurídico producido no es estimativa de la función desempeñada por la posesión. No estamos ante un efecto de la autonomía del fenómeno posesorio, sino ante dos manifestaciones mas

del principio general de protección de la apariencia en función de la buena fé: la una (eficacia liberatoria) en el campo obligacional; la otra (adquisición del derecho), en el terreno real.(36)

Ahora bien, ¿actúa este límite externo (posesión-cláusula escrita) excluyendo, según el caso, la buena fe del deudor o del tercer poseedor? Es evidente que sin posesión del título no habrá "minimum aparente" en qué apoyar la buena fe generadora del efecto liberatorio (art. 491) o de la adquisición "a non domino" del título. Pero ¿y la cláusula de endoso? ¿es ella parte necesaria del presupuesto objetivo de la buena fe del deudor o del tercer adquirente?.

Si asumimos, interpretativamente, posiciones literalistas parece aflorar cierta diferencia de trato en el Código de Comercio respecto de la eficacia adquisitiva y eficacia liberatoria.

Para el primer caso, el art. 461 establece: "La propiedad de las letras de cambio se transferirá por endoso" e, inmediatamente, en el artículo siguiente regula los requisitos que el endoso debe contener (art. 462 nº^s 1 y 5). Consecuentemente, para adquirir la propiedad de la letra sería precisa la posesión cualificada por la cláusula de endoso a favor del transmitente. Sobre este dato, entonces se haría con-

currir un deber de comprobación por el tenedor o adquirente en torno a la regularidad de la cadena de endosos. Esto no comportaría la exclusión de toda hipótesis previsible de adquisición "a non domino" en cuanto que la concurrencia de tenencia y cláusula escrita determinase "ipso iure" una adquisición "a vero domino". De una parte, ni aún extendiendo la obligación de comprobación del tenedor adquirente a la regularidad de la cadena de endosos podría evitarse toda posible discordancia entre la titularidad verdadera y la situación aparente, pues, como sabemos, ni la posesión del documento, ni la cláusula escrita de endoso, ni ambas juntas, confieren la titularidad del derecho. La propiedad de la letra, "rectius", el derecho de propiedad sobre la letra puede pertenecer "de iure" a persona distinta del tenedor legítimo (37). De otra parte, el artículo 465 del Código de Comercio permite los endosos firmados en blanco, o sea, sin designación de endosatario, facilitando así la composición adecuada inicial para que se de la adquisición "a non domino" (38): la admisión de un transmitente que, pese a no ser tenedor cualificado (por la cláusula de endoso), no induzca al tenedor adquirente a dudar, por ese solo hecho (falta de cláusula escrita), de la legitimidad de la tenencia de su transferente. Este precepto (art. 465) mitiga así la razón de un posible tratamiento ex-

cesivamente literalista y aislada de aquellos otros preceptos del Código de Comercio.

Para el segundo caso, esto es, en el plano obligatorio, los artículos 488 y 491 del Código de Comercio mencionan al tenedor, el primero, y al portador, el segundo, sin más (39). La expresión contenida en el art. 488 del Código de Comercio: "Las letras de cambio deberán pagarse al tenedor...", puede prestarse a equívocos. Ella parece presuponer: a) que las letras de cambio sólo pueden pagarse a su tenedor; b) que es suficiente condición la condición de tenedor para esgrimir el derecho al pago. Ambas determinaciones requieren ser sometidas a matización reajustando a sus cabales términos el inducido que contiene la expresión legal. A nuestro juicio, se trata de una FORMULACIÓN EXTRAOBLIGACIONAL. El pago al tenedor se predica de las letras de cambio como sujeto explícito e inmediato. La letras de cambio como documentos sólo se conciben pagaderas respecto del tenedor. La armonía de la expresión legal se manifiesta en la colocación en un mismo plano (extraobligacional) de los términos "letra de cambio", "deberán", "pagarse", y "tenedor". "LETRAS DE CAMBIO", no como obligación cambiaria sino como documento de la obligación. "DEBERAN", no como deber conformado obligacionalmente, sino como imposición legal: la letra de cambio se pagará

(deber: legal) con independencia de si ha de pagarse (deber obligacional). "PAGARSE", por tanto, como acción referida a la letra de cambio, no en designación del pago como cumplimiento de la obligación (fundamental). "TENEDOR", abstracción hecha de su derecho, en armoniosa correlación con la letra de cambio como documento abstracción hecha de la obligación. De todo ello no deriva ninguna abstracción en el sentido que significa la doctrina con el término abstracción cambiaria. Lo empleamos en un sentido vulgar, no jurídico. Esto es, cuando sustentamos que el legislador utiliza las mencionadas expresiones (letra de cambio, deberán, pagarse, tenedor) abstracción hecha de la obligación o el derecho, no se pretende que éstos sean "abstractos" en el sentido de independientes de una causa. Sólo queremos resaltar la PERSPECTIVA abstracta, "a posteriori", desde la que es formulada la norma objeto de comentario. Y, con ello, llamar la atención sobre el contexto en que han de situarse los efectos de tal disposición. Esta no se insertará explícitamente en el seno de la obligación. Ni siquiera en el de la ejecución o cumplimiento de la obligación, porque el pago que contempla no es el pago fundado en la obligación sino el pago como "factum". Concebido como resultado de la acción de pagar, no de la razón por la que se paga ni, por ende, como cumplimiento de la obligación.

Precisamente aquí es donde y cuando interfiere el artículo 491 ("El pago de una letra vencida hecho al portador se presumirá válido") completado con el artículo 1164 del Código Civil para justificar la disociación entre la función satisfactiva -el art. 1162 contempla el destinatario natural del pago, que se ha de efectuar en las condiciones establecidas por el art. 1157- y extintiva -el artículo 1164 aplica el art. 1156 1º, corrigiendo para ello el 1157 y el 1162, por lo que el pago, sin dejar de serlo, extingue la deuda sin satisfacer el crédito.(40). El pago deja de ser un mero hecho para arrogarse la condición técnico-jurídica de verdadero pago (extintivo). Por consiguiente, la graduación del campo de referencia objetivo de la buena fe habrá de hacerse teniendo en consideración LA OBLIGACIÓN. Esta es el verdadero sujeto semántico implícito en el artículo 488 y concordantes. Evitamos así ceñir la aptitud de suscitar apariencia jurídica a la tenencia del documento según sea ésta nuda tenencia (posesión) o tenencia legítima (endoso).

Al regular el Código de Comercio el pago en la Sección Septima del Título X hace expresa referencia al vencimiento (art. 488 "Las letras de cambio deberán pagarse al tenedor el día de su vencimiento, con arreglo al art. 455"), pero no a la presentación de la letra. Hay sin embargo, una referencia entendida a ésta,

por cuanto que el vencimiento actualiza el deber de presentación de la letra (art. 469: "Las letras que no fueren presentadas a la aceptación o al pago dentro del término señalado, quedarán perjudicadas..."). Además, la cualidad de tenedor no puede mantenerse oculta a la hora del pago. El tenedor a quien deberán pagarse las letras de cambio el día de su vencimiento (art. 488) no es un tenedor sedicente, sino un tenedor EXHIBENTE. Esta particularidad se recoge puntual y paladinamente en el primer artículo (43) dedicado al pago por el anteproyecto de ley cambiaria: "El tenedor de una letra de cambio... deberá presentar la letra de cambio al pago...". La referencia al deber de presentación en el pago de la letra no es, aquí entendida, sino manifiesta. Al propio tiempo, se contempla la presentación puntual del título no negativamente, como condición para evitar su perjuicio (Sic, artículo 469 del Código de Comercio), sino positivamente, como carga de diligencia del tenedor a cumplir el día del vencimiento de la letra.

El artículo 492 del Código de Comercio establece: "El portador de la letra que solicite su pago está obligado a acreditar al pagador la identidad de su persona, por medio de documento o con vecinos que le conozcan o salgan garantes de su identidad". "La falta de esta justificación no impedirá la consignación del

importe de la letra por el pagador, dentro del día de su presentación, en un establecimiento o persona a satisfacción del portador y del pagador, en cuyo caso el establecimiento o persona conservarán en su poder la cantidad en depósito hasta el legítimo pago". Establece éste precepto la obligación de acreditar su identidad el portador que solicite el pago para, a seguido, fundamentar la consignación no en la negativa injustificada (art. 1176 del Código Civil) del tenedor a recibir el pago, sino en la FALTA DE ACREDITACIÓN de su identidad por alguno de los modos previstos en el mencionado precepto. La identidad del tenedor, o mejor, su acreditación, resultará así directamente relacionada con el pago (si no acredita su identidad el tenedor no cobrará), lo que se ratifica, de una forma positiva, en los términos finales del segundo párrafo: "en cuyo caso el establecimiento o persona conservarán en su poder la cantidad en depósito hasta el LEGITIMO PAGO". Parece concebirse la consignación no como subrogado del pago a todos los efectos legales, sino como medida caucional para el pago, que sólo se producirá legítimamente cuando el tenedor haya acreditado su identidad a los efectos de identificarse como último endosatario o como tomador. Aunque la consignación por el pagador es facultativa ("no impedirá..."), la acreditación de la identidad del tenedor parece obligato-

ria ("está obligado a acreditar...") y necesaria para que haya "pago legítimo". La expresión ("hasta el pago legítimo") sugiere una consignación con el carácter de ese ofrecimiento formal al pago legítimo. Pero para que sea procedente la consignación no bastaría con el vencimiento de la letra, al menos según la expresión literal del artículo 492, párr. segundo ("La falta de esta justificación no impedirá la consignación del importe de la letra por el pagador, dentro del día de su presentación"). Salvo que se entiendan restringidos esos términos ("dentro del día de su presentación") a las letras pagaderas a la vista, se estaría confirmando a la presentación un valor indicativo del vencimiento, en lugar de reconocer en ella una carga a ejecutar en ese momento. Por todo lo cual se haría de la presentación del título para su pago "conditio sine que non" de la consignación, lo cual es absurdo. En este sentido y en el de supresión de los términos "hasta el legítimo pago" es técnicamente más perfecto el artículo 48 del anteproyecto, a cuyo tenor: "A falta de presentación del pago de la letra de cambio en el plazo fijado por el artículo 43, todo dador tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, en una entidad de crédito o fedatario público".

La legitimidad de la tenencia, no deducible de los

artículos 488 y 491, vendrá impuesta por el subsiguiente 492. La identidad del portador importaría, naturalmente, a los efectos de su identificación con el último endosatario del título o con la persona del tomador. Por ésta vía quedaría introducida la carga del tenedor que solicita el pago (único al que se refiere el art. 492, y no al tercer tenedor adquirente del título (41)) de acreditar la regularidad de la cadena de endosos, y, correlativamente, el deber del deudor de comprobar tal regularidad como obligación de diligencia exigible sin perjuicio de las comprobaciones ulteriores sobre la verdadera titularidad en homenaje de la buena fe que ha de presidir el cumplimiento de su obligación.

La CORRESPECTIVIDAD DE LA CARGA en tenedor y deudor no es reflejo de su inserción en el seno de la obligación, ni hace de ellas cargas de cooperación de la obligación misma (cumplimiento y ejercicio de derecho de crédito).

La f fuente de tales cargas no es la obligación en sí, sino sus circunstancias (literales); no está en el negocio jurídico, sino en el "modo" de la exteriorización.

Las cargas de diligencia legales son condiciones previas para la completa expresión de la obligación. La buena fe referida a los aspectos extraliterales es condición impuesta por la obligación misma. Esta configuración de tales deberes de comprobación como cargas de diligencia separables de la obligación resulta, a nuestro juicio, absolutamente fundamental para entender su significado y el de los artículos que el anteproyecto de ley cambiaria consagra al tema.

C) LA BUENA FE EN FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LA
OBLIGACIÓN

¿Qué dice el Anteproyecto de ley cambiaria en torno a este tema? En dos importantes artículos, 19 y 46, párrafo tercero, para la adquisición y para la eficacia liberatoria, respectivamente, se ocupa del objeto de nuestras tribulaciones.

Artículo 19: "El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aún cuando el último endoso esté en blanco. A tal efecto los endosos tachados se considerarán como no escritos. Cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, el firmante de éste se entenderá que adquirió la letra por el endoso en blanco.

Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio, por cualquier causa que fuere, el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente, no estará obligado a devolver la letra si la adquirió de buena fe."

Artículo 46, párrafo tercero: "El que pagare el vencimiento quedará liberado, a no ser que hubiere incurrido en dolo o culpa grave al apreciar la legitimación del tenedor. A tal efecto, estará obligado a com-

probar la regularidad de la serie de los endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes".

La sola lectura de éstos preceptos nos suscita algunos interrogantes directamente relacionados con el tema que estamos tratando: ¿impone la ley el deber de justificar la regularidad de la serie de endosos al tenedor en todo caso? ¿Qué alcance tiene el deber del deudor de comprobar esa regularidad? ¿Se exige menos diligencia al deudor ("dolo o culpa grave") en su deber de comprobar para liberarse que al tenedor ("buena fe") en su deber de justificar la legitimidad de su tenencia?.

El artículo 19, párrafo primero, contiene, a nuestro juicio, una formulación de carácter general cuyo significado hemos de atemperar. No se establece en términos imperativos (por ej., "el tenedor de una letra de cambio ha de justificar..."), sino estimativos ("El tenedor... se considerará... legítimo cuando..."). La intencionalidad de la fórmula adoptada se compadece con la pretensión definitoria de lo que haya de entenderse por tenencia legítima, no con la determinación de las situaciones en que ésta sea exigible. A tal efecto, se nos ofrece un concepto de "legitimidad" como debe ser: referida a la tenencia (portador) y a ella ceñida. La legitimidad COMO TENENCIA LEGITIMA, no

como legitimación cartular. No se colaciona el tema del derecho (titularidad). Se nos dice cuando un tenedor puede considerarse portador legítimo, pero no para qué o a qué efectos.

A su vez, el art. 46, párrafo tercero no alude directamente la buena fe, sino a través de sus antípodas: el dolo o culpa grave. El dolo o culpa grave son tenidos en cuenta "al apreciar la legitimación del tenedor". A más de lo ya dicho sobre el sentido de esta expresión, que que lo es la "legitimidad" de la tenencia y no una legitimación aparente o precaria resulta de los propios términos del inciso siguiente: "A tal efecto", o sea, al de apreciar la legitimación del tenedor, "estará obligado a comprobar la regularidad de la serie de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes". Si el precepto es plausible en cuanto a la reconducción de la legitimación del tenedor a la legitimidad de la tenencia (sin prejuzgar la titularidad), resultaría contradictoria la graduación de la culpa (dolo, culpa grave) con la suficiencia que parece atribuir al cumplimiento de la obligación de comprobar la regularidad de la serie de endosos como hecho igualmente y en todo caso impeditivo ("A este efecto") de ambas formas de culpabilidad. Sin embargo, semejante entendimiento haría de éste último inciso del artículo 46 una regla constitutiva de la

buena fe. Esta, al quedar totalmente codificada, dejaría de existir. Por otra parte, de sustentar tal criterio estaríamos primando exclusivamente la circulación aún a costa del crédito mismo -ya que no sería exigible a buena fe ningún control de la verdadera titularidad- y, con ello, se disiparía el sentido jurídico de la relación medio (cosa) - fin (derecho) en manos de una medida de orden político que invertiría los términos de la conexión.

El artículo 19 -como el 488 del Código de Comercio- contempla el tenedor NO COMO ACREEDOR SINO COMO PORTADOR DE UN TÍTULO. El artículo 25 del Anteproyecto -primero de los que regulan la aceptación-, a su vez, establece que "la letra de cambio podrá presentarse a la aceptación del librado... por el tenedor o incluso por un simple portador". Poniendo en contacto este precepto con el 43 -primero de los dedicados al pago- aparece, por contraposición, que mientras que para la presentación a la aceptación es suficiente la nuda tenencia, para la presentación al pago, en cambio, sería necesaria la tenencia legítima. Nótese que el entendimiento del "tenedor" del artículo 43 como tenedor legítimo no se hace derivar del artículo 19, párrafo 1º, que se limita a definir lo que sea un portador legítimo, sino de la contraposición de la distinta terminología empleada por cada uno de los artículos que son

primicia en la regulación de la aceptación y del pago (25 y 43, respectivamente). El artículo 43 -frente al 488 del Código de Comercio- hace explícita referencia al deber de presentación de la letra en sus palabras liminares sobre el pago. Hecho éste de no poca trascendencia, toda vez que nos da la clave para la integración no sólo del significado de tenencia sino incluso sobre su propio contenido. NO es que la POSESIÓN del título SE AGOTE en su EXHIBICION' (42) sino que la EXHIBICIÓN DEL TÍTULO PRUEBA, sin más, SU POSESIÓN por el exhibidor y consuma todas las posibilidades de justificación de la regularidad formal de la serie de endosos, y, por tanto, todas las posibilidades de comprobación de la misma por el deudor. Por esto no es exacta la afirmación de Schlessinger referente a que, en derogación de los principios comunes, y en tutela del deudor, en materia de créditos cartulares vale el principio que subordina la ilegitimidad de la negativa a cumplir por parte del deudor a la previa exhibición del título y a la demostración de la regularidad formal de su circulación. De donde deduce que "puesto que el legitimado cartular está obligado a dar la prueba de su investidura formal, mientras que normalmente el acreedor no cartular no está obligado a ofrecer extrajudicialmente prueba alguna de su derecho, es evidente que la denominada legitimación activa, más que como

facultad, se presenta como un "onere" del acreedor cartular, una AGRAVACIÓN DE SU POSICIÓN, frente a la que corresponde al acreedor normal" (43). Esta concepción obedece a una visión parcial del problema. La posición del llamado acreedor cartular no sufre agravación alguna. Antes bien, el tenedor soporta una carga de diligencia -la presentación de la letra al pago- impuesta por la ley en virtud de la naturaleza de la cosa (la letra de cambio, no la posición jurídica del tenedor) para que aquél pueda aprovecharse de la ventaja que le atribuye ésta en aras de una posición jurídica (poseedor del título, no acreedor) que, de otro modo (posesión normal), debería probar, y a la que el ordenamiento jurídico atribuye determinados efectos por sí sola (por ej. presentación a la aceptación, solicitud de copias) o en unión de una serie no interrumpida de endosos como soporte de la buena fe (efecto adquisitivo "a non domino"). El pretendido "onere" del acreedor cartular, no hace más gravosa a su posición (de acreedor) que la del acreedor normal. Es sólo una condición intrínsecamente compensatoria de la "ventaja" atribuída y NATURALMENTE inherente a la dispensa de la carga de la prueba de la que se beneficia el tenedor como consecuencia de la función de signo del objeto del crédito atribuída al documento poseído. "La carga no es otra cosa que la contemplación del poder desde el

punto de vista de los inconvenientes que arrastra como la acción es la contemplación del poder desde el punto de vista de las prevalencias reales que determina (...) La carga es, por lo tanto, una figura jurídica que pertenece al campo de los poderes, de ninguna manera al campo de los deberes u obligaciones ..."

Cuando el artículo 19 impone al "nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente", o sea, que justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, está imponiendo un medio de justificación en sí inidóneo en relación con el objeto de la justificación. La regularidad, o no, de la serie de endosos resultará sólo e indefectiblemente de la letra de cambio una vez presentada. Justificar su propio derecho conllevaría comprobar el derecho de su transmitente más allá de los términos de la literalidad cambiaria y, por tanto, descargar en el tenedor un peso que, como tenedor, no le incumbe. Obsérvese la falta de correspondencia entre el deber impuesto (cartular: justificar su propio derecho) y el efecto que se obtiene (creditual: adquisición del crédito, irreivindicabilidad del título). El precepto no se contenta con la justificación del propio derecho para que el nuevo tenedor no esté obligado a devolver la letra. Exige, además que ésta haya sido adquirida de buena fe. ¿Qué sentido tiene esta

duplicidad de exigencias? Si de lo que se trata es de que el tenedor justifique su propio derecho como consecuencia de la buena fe (art. 433 del Código Civil) es absurdo volver a referir esta a su adquisición, puesto que la justificación de su propio derecho comporta la comprobación del derecho de su transferente. Por otra parte, si de lo que se trata es de que el tenedor justifique su propio derecho con independencia de la buena fe y por imperativo del precepto, ¿qué campo de actuación quedaría a la buena fe?

Sólo cabe hablar de justificación de su propio derecho como requisito, no como razón de su propia adquisición. De otro modo holgaría la exigencia de buena fe para la adquisición. A nuestro juicio, la única justificación autónoma posible es aquella que no procede de la buena fe, esto es, aquella cuyo ser constitutivo sea independiente de la buena fe, aunque se encuentre inserto en el campo de referencia de ésta.

De conformidad con el artículo 433 "se reputa poseedor de buena fe a quien ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide". Dada la exigencia de constancia de la serie sucesiva de endosos en el texto mismo de la letra, la partícula pronominal "su" no puede tener el efecto de circunscribir la buena fe al hecho de la entrega material y del en-

doso a favor del tenedor adquirente, sino que ha de remontarse a la constancia de estas circunstancias en la persona del transmitente. Las condiciones a verificar por el nuevo tenedor resultan del título mismo. Así, la legitimidad de la tenencia del transferente, deducible de la serie continuada de endosos o de haberse extendido el último endoso en blanco, y también el poder de disposición del título cuya falta, en los casos de endosos limitados resultará igualmente del texto del documento ("Valor al cobro" o "por poder", o "Valor en garantía" o "en prenda"). Pero, además, la diligencia debida a la buena fe en la adquisición exige del tenedor adquirente que contraste la identidad del precedente poseedor transmitente con la de la persona designada en la letra como último endosatario. De no hacerlo así, la carga de comprobar la regularidad formal de los endosos podría resultar baldía.

La proposición normativa contenida en el párrafo primero del artículo 19 sesga cualquier posible escape de irradiación de la apariencia (de la titularidad) que no luzca la etiqueta por ella misma diseñada. La remisión efectuada por el párrafo segundo al precedente es formulada en términos de reenvío en cuanto a la forma de justificar el derecho pero no a cuál sea el derecho a justificar: posesión del documento, propiedad sobre el documento, posesión del derecho real sobre el títu-

lo, derecho real innominado sobre el documento. La "forma de justificar el derecho", si referida al derecho del crédito, equivale a la presentación de una candidatura oficial al crédito, o sea, a la constatación de la postura de la ley cambiaria frente al crédito, dados los términos de la proposición adoptada para formular la remisión: "... u derecho en la forma". Evidentemente ningún derecho es pura forma. Tal expresión debe ser entendida como rotura del velo de la perspectiva formal. Se produce el explícito reconocimiento legislativo del grado contemplativo del objeto de su regulación. Si bien la remisión afecta exclusivamente a la forma de justificar acaba por concernir al propio objeto de la justificación. ("El derecho") resulta "formalizado"; la forma objectuable. Justificable como exhibible (tenencia) y constatable (serie de endosos). Justificar sugiere la idea de hacer ver que algo no carecía de fundamento. Así pues, que algo es tal como aparentaba ser. En otras palabras, que el "nuevo tenedor", tenedor "legítimo" en apariencia, le es en la realidad prenormativa dispuesta en el artículo 19, párrafo primero. Lo que se contrasta es la legitimidad (entendida como serie regular de endosos) con la tenencia, no la posesión (tenencia) con el derecho cartular.

La posesión, para ser "legítima" ex art. 19, párra-

fo 1º, ha de concurrir con los datos literales. "No + men" (endoso), "Tractatus" (regular) y "Fama" (pose - sión) son los ingredientes de esta tenencia legítima - que aparece con los rasgos de la POSESION DE ESTADO. - Sólo es tomada en cuenta por la disciplina cambiaria - (art. 19, párrafo 1º) en la medida en que se ostenta - con los actos propios y formalidades legales necesa - rias para adquirir el derecho. La posesión es conside - rada como elemento necesario pero no suficiente. La po - sesión es un sumando más del título. Aún cuando la po - sesión del documento como cosa se justifica por sí so - la, la cosa objeto de la posesión no es tomada en cuen - ta en tanto tal cosa sino en cuanto equivalente del - objeto (dinero) de un crédito. Tal equivalencia es al mismo tiempo, el límite externo en que se funda la bue - na fe y el punto de sutura con los comportamientos con tractuales como referentes coetáneos de ésta.

La cosa no es contemplada como materia jurídica u objeto corporal estricto, sino como energía jurídica. La consistencia de esta energía es descrita por Guasp (44) "como cosa, pero cosa cuya esencia estriba en - ser una aptitud, disposición o virtualidad para produ - cir ciertos efectos reales que el Derecho tie - ne en cuenta, sin confundir en absoluto, no obs - tante, con tales efectos, por mucha que sea la

apariencia y hasta la apariencia exclusiva con que estos pueden ser contemplados". Explica que "cuando el ordenamiento jurídico hace descansar el soporte extrínseco que toda relación postula sobre la disposición eficaz en cuestión, y distingue netamente tal disposición originaria de las consecuencias efectuadas por ella, haciendo que los poderes y deberes correspondientes se refieran a la primera y no a las segundas, estamos en presencia de un objeto energético. Así, cuando el tenedor de un documento puede, por virtud de su tenencia, más o menos formalizada, exigir determinadas prestaciones ajenas, la relación jurídica correspondiente reconoce como objeto no ya al ente físico documental, que sería una cosa masiva, ni tampoco a las prestaciones contractuales, que son objetos de otras figuras jurídicas consecuenciales, sino a la aptitud que tal documento tiene para producir aquellas repercusiones ulteriores, es decir, a la energía, jurídicamente perfilada, que del documento se desprende ("energía circulante") (...) La materia jurídica que cabe encontrar es, meramente, encarnación, más o menos circunstancial, del verdadero objeto jurídico de que se trata (...) No se trata aquí de relaciones jurídicas sin objeto, ni con un objeto puro o ideal o incorporal, sino con un objeto auténtico, que no es simplemente un objeto masivo, sino energético, como tantas veces ocurre en el mundo, que no cabe llamar puro, ni

ideal ni incorporal, de la realidad física verdadera".

En esta exposición se echa de menos una mención a la buena fe como motor de la mencionada energía jurídica. Contribuye, sin embargo, a prevenirnos contra el error dogmático consistente en confundir la aptitud con las consecuencias jurídicas e incluso contra la confusión, más sutil entre el DERECHO (verdadera titularidad) y los EFECTOS DE LA PROTECCIÓN CARTULAR, en que parece incurrir el autor cuando atribuye los derechos y deberes directamente a la disposición o virtualidad de la cosa, quedando al margen, por exclusión expresa, las prestaciones contractuales y, por omisión, la buena fe aplicada no sólo a aquélla aptitud de la cosa sino también en el seno de los comportamientos contractuales. ¿Cómo van a radicar los poderes y deberes en la disposición si ésta no es autosuficiente ni constitutiva, como lo prueba el que tales efectos (llamados derechos y deberes) no se desencadenen si no hubo buena fe?

Pero junto a ello se halla la equivalencia establecida entre el documento cambiario y el objeto (no la realización del crédito sino el dinero: no el hecho de recibirlo sino el derecho a cobrarlo) del crédito. Si para descubrir esta equivalencia seguimos a Carnelutti nos adentraremos en el sentido de la posesión como índice de circulación del documento y el de éste como

"alter ego" del objeto del crédito. Pero en tal caso reputamos como objeto del crédito (documento) lo que sólo es un aspecto del crédito mismo: su exteriorización en la letra. En definitiva vendría esta doctrina a hacer posible la concurrencia de dos derechos (uno real, otro de crédito) de naturaleza distinta sobre una misma cosa (dinero) destinada a una diferente circulación (la del dinero a que se tiene derecho y la de la letra). Creemos que la conexión entre documento y derecho no es simbiótica y que el documento se relaciona con el crédito como acto de documentación de éste más que como su objeto. A su vez, la posesión, para merecer la plena consideración cambiaria, ha de sujetarse a lo dispuesto por la propia ley que la instrumenta al servicio del crédito y, más concretamente, a las condiciones codificadas por el artículo 19, párrafo primero, para que el documento pueda considerarse dotado de virtualidad significativa. Sólo así habrá apariencia idónea para la buena fe. La llamada posesión legítima únicamente produce idoneidad en la apariencia; posesión de estado. Más el título cambiario es imperfecto en cuanto título (autónomo e invalidable) para una adquisición aunque desde el punto de vista de la legislación cambiaria reúna todos los requisitos (tenencia y serie no interrumpida de endosos) para fundar una apariencia. La buena fe del tenedor

consiste en la CREENCIA en la LEGITIMACION Y CAPACIDAD DE OBRAR del transmitente. Esa buena fe CUBRE LOS VICIOS susceptibles de comprometer la EFICACIA del acto o negocio jurídico celebrado entre tenedor y transmitente COMO TITULO para la adquisición de su derecho. Esta cobertura de anomalías sirve para reconocer a la buena fe una función de suplencia de las irregularidades del título de la adquisición. No podemos confundir la buena fe (única) con las IRREGULARIDADES QUE CUBRE. Esto último es efecto de la buena fe pero no es la buena fe misma. Las irregularidades lo son del título de adquisición -falta del poder de disposición del transmitente, cualquiera que sea su causa- y que dan cubiertas por la buena fe. Que ésta se presuma en el poseedor (art. 434) no supone que haya habido buena fe en la adquisición. A su vez, la ausencia de endoso o tenencia le procuran, mediado el contrato traslativo, una acción para su cumplimiento. No se trata de que cese la presunción de buena fe sino que queda paralizada la ventaja (nivelada e integrada por el deber de presentación) probatoria del tenedor, lo que no impide que sea mantenido en su adquisición si adquirió de buena fe. En este caso la legitimación de la posesión no se busca en la cadena de endosos, sino en el título de la adquisición, o sea en el contrato yacente en la adquisición del título por el -

nuevo tenedor. El título de la adquisición (artículo 433: "Título") no es un título para adquirir la posesión sino para adquirir la titularidad. A él se llega como consecuencia de la inserción del portador en una relación jurídica en sí extraposesoria pero que se sirve de la posesión como instrumento indiciario de la circulación del crédito. No desaparece su condición de tenedor. Es la buena fe la que comunica legitimación a su tenedor legítimo por la línea del contrato. La buena fe es única -la hay o no- pero discurre por la multivariada facética de la relación jurídica para que sea justo el efecto jurídico que incorpora. Por esta razón más que pasar la causa al título lo que acaece - en verdad es que el efecto jurídico (acto de adquisición) es concebido como título válido de la adquisición. Pero no adquiere esta cualidad el título de crédito si el negocio yacente en la transmisión de la letra comparece por la vía de la excepción oponible y desvela el vicio de adquisición no cubierto por la buena fe. He aquí la importancia fundamental que tiene la dialectica cambiaria hecho constitutivo - condición impositiva en la obra de discernir netamente título-valor de título de la adquisición de la adquisición de derecho. El elemento causal no es suprimido por la tenencia legítima ni en su aspecto constitutivo de la obligación ni en el atributivo de la titularidad. Queda ,

no obstante, desplazada externamente su función a la de condición impeditiva de la adquisición en el plano obligacional mediante el mecanismo de oponibilidad de excepciones. El poseedor de mala fe disfruta, no obstante, de una apariencia de titularidad, aunque se halle expuesta a la oposición del defecto de titularidad o a una acción restitutoria por cobro de lo indebido o a una acción reivindicatoria procedente del verdadero propietario del título.

De inexcusable examen es la posición jurídica del nuevo tenedor no frente al tenedor desposeído, sino FRENTE AL DEUDOR CAMBIARIO. La determinación de la situación del tenedor frente a éste nos adentrará directamente en la posición del deudor cambiario mismo. A estos efectos es de vital importancia el artículo 20 del Anteproyecto conforme al cual "El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor", en relación con el artículo 67, párrafo primero: "El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores en el supuesto

previsto en el artículo 20". La expresión "a sabiendas en perjuicio" parece denotar que no basta el conocimiento del tenedor adquirente de la existencia de una o varias excepciones oponibles para que se entienda producido el perjuicio. Se primaría mayor margen de negligencia del tenedor adquirente frente al deudor (art. 20) que frente al tenedor desposeído (art. 19). Como si la protección del tenedor en el campo obligacional (art. 20: inoponibilidad de excepciones), frente al deudor cambiario, fuese MÁS INTENSA, que la del tenedor adquirente en el campo real (art. 19) frente al tenedor desposeído. Creemos que el perjuicio que debe representarse al adquirente es un perjuicio económico: la dificultad o imposibilidad de recuperar la cantidad debida, fundado en el perjuicio jurídico: pérdida de la excepción oponible al romperse el cerco personal entre deudor y transmitente. Decimos, pues, económico al perjuicio por contraponerlo al perjuicio entendido como falta del poder de disposición en el transmitente. Es inevitable, que conocida una determinada excepción se refute como vicio del poder de disposición del precedente poseedor. Por esto hemos de entender que las excepciones relativas a la falta de titularidad o a la irregularidad de la tenencia quedan al abrigo del artículo 19, ciñendo las referentes al artículo 20 a las derivadas de las relaciones persona-

les (contrato subyacente, provisión, valuta, pago, quita o espera...) del demandado con el librador o con los tenedores anteriores. Sin embargo, el que el deudor se vea beneficiado por la "exceptio doli" que le confiere el art. 20 contra el tenedor que adquiriera a sabiendas no excluye que el mismo deudor pueda servirse de la protección conferida por el art. 19 al tenedor desposeído contra el adquirente privado de buena fe. Queremos destacar que el precepto no reduce el campo de protección del deudor frente al adquirente de mala fe al trazado por la "exceptio doli". El deudor debe poder hacer valer por la vía de la excepción aquello que pueda ser fundamento de su actuación por la vía de la acción: el defecto de titularidad como vicio invalidante del acto de adquisición. Tal cosa debe ser posible cuando el deudor no puede servirse de las excepciones fundadas en el contenido y demás vicisitudes de las relaciones personales entre el demandado (aceptante, librador, avalistas, endosantes) y los tenedores anteriores al adquirente. Mientras que en éstas últimas el tenedor adquirente ha de no haber actuado "a sabiendas en perjuicio" del deudor, en aquellas otras, relativas a los vicios invalidatorios de su adquisición, el tenedor desposeído podrá hacer prevalecer su derecho contra todo tercer adquirente de mala fe. Este fenómeno produce la imagen de que el te-

nedor desposeído (art. 19) tiene una protección más amplia que el deudor (20) cuando en verdad la protección va referida, en uno y otro caso, a un diferente círculo de posiciones jurídicas. Ello es debido a la distinta perspectiva, real u obligacional, que ofrecen conjuntamente los personajes cambiarios. Esta perspectiva no subordina los artículos 19 y 20 a vivir en compartimentos estancos, uno real y otro obligacional; antes bien, al contrario, la regulación de ambos preceptos está impregnada de aspectos reales y obligacionales indisolublemente entrelazados.

Considérese el artículo 45 del Anteproyecto: " El - librado podrá exigir al pagar la letra de cambio que - está sea entregada con el recibí del portador. Se pre- sumirá pagada la letra que despues de su vencimiento - se hallará en poder del librado". El interés del deu- dor por recuperar la letra que ha pagado es un interes obligacional, consistente en acreditar el pago de la letra para dar por extinguida la obligación. Para la liberación definitiva de la obligación no es juridicamente necesaria la restitución de la letra - (art. 45 : el librado podrá ...). Si como consecuencia de no haber recogido e inutilizado la letra, está si- gue su curso circulatorio y adquiere un tercero volverá a producirse el circuito ya descrito, originándose

un nuevo supuesto de hecho constitutivo de apariencia en la que otro tenedor adquirente de buena fe resulta protegido. El segundo inciso del precepto dispone: "Se presumirá pagada la letra que después de su vencimiento se hallase en poder del librado". La facultad del acreedor de recuperar la letra no proviene de un ACTO DE DISPOSICIÓN del tenedor precedente SINO DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. Su finalidad no es la de reiterar los lazos reales con la letra del tenedor en la persona del deudor, sino la de adquirir los derechos cambiarios para que el obligado en vía de regreso, el avalista, el interventor en el pago (art. 78 del Anteproyecto) o el "falsus procurator" (art. 10: "si la pagare tendrá los mismos derechos que el representado), puedan a su vez, dirigirse contra los tenedores anteriores no liberados (de la misma obligación).

El empleo de los términos "dolo o culpa grave" por el artículo 45 como impeditivos del efecto liberatorio del pago efectuado de buena fe inducen a pensar en una MENOR INTENSIDAD de la diligencia exigible al deudor que la debida al tenedor adquirente. El dolo o culpa grave se incurre al apreciar la legitimación del tenedor, "a cuyo efecto" está el deudor obligado a comprobar la regularidad de la serie de endosos. Ahora bien, la DILIGENCIA del deudor al apreciar la LEGITIMACIÓN

del tenedor entendida como legitimidad de la tenencia (o sea, como la legitimación que corresponda al tenedor en cuanto tal) NO PUEDE SER DISTINTA de la exigible al nuevo tenedor adquirente, puesto que se trata de una circunstancia unívoca, exhibible y constatable directamente. La falta de tenencia legítima justifica la negatividad del deudor al pago. El tenedor no puede ser compelido a demostrar la validez de su título de adquisición, pero sí a exhibir una tenencia legítima. El deudor deberá comprobar la regularidad de la serie de endosos y la identidad del tenedor como condiciones necesarias para que el pago se realice a un poseedor legítimo. No habiendo márgenes para la legitimidad de la tenencia, no puede haberlos en los criterios de aproximación a la misma por el deudor o por el tenedor.

D) PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL DE LA OBLIGACIÓN

Los criterios para distribuir la carga de la prueba entre deudor y tenedor no desbordan el esquema probatorio establecido en el artículo 1214 del Código Civil: "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone" El tenedor deberá presentar la letra de cambio al pago el día de su vencimiento, y no se plantea la reclamación del cumplimiento de una obligación. Por lo mismo

la falta de presentación no coloca al deudor en situación de tener que probar la extinción de la obligación, sino que se le confiere la facultad de consignar su importe (art. 48). La diferencia entre el artículo 1214 y el régimen cambiario NO esta en la INVERSION DE la CARGA de la prueba de la obligación sino en el MODO de operarse la prueba por el carácter de la obligación que se trata. Sin la presentación de la letra regularmente endosada no queda debidamente expresada la obligación entre el deudor y el tenedor. La presentación de la letra es, pues, algo más que una carga de diligencia a cargo del tenedor. Es ella misma expresiva de su poder jurídico frente al acreedor. El tenedor no queda dispensado de probar aquello que alega (portador legítimo) y ha de exhibirlo. Ahora bien, como quiera que a ese objeto se le atribuye un valor SIGNIFICATIVO respecto del crédito, el deudor debe (46) oponerse a realizar un pago indebido en perjuicio del verdadero titular. Para que esta oposición sea efectiva no le bastará conocer los vicios de la adquisición del tenedor sino que habrá de contar con los elementos de prueba necesarios para demostrar el defecto de titularidad del tenedor. POR ESTA RAZÓN tampoco podrá el deudor fundar una negativa legítima al pago. El dolo y la culpa grave han de situarse en este contexto. Hay DOLO si paga conociendo el defecto del derecho del tenedor

y hallándose EN CONDICIONES DE PROBARLO paga. Hay CULPA GRAVE si paga conociendo el defecto del derecho del tenedor y no cuenta con las pruebas necesarias que HABRÍA PODIDO RECABAR en caso de emplear una DILIGENCIA ORDINARIA (vide art. 1104 del C.C.).

La regulación contenida en los artículos 84 a 86 (47) del Anteproyecto desborda los linderos de "declarar la amortización del título y la legitimación del denunciante para exigir el pago de la letra" (art. 86, párrafo 1º) para adentrarse en los confines de la obligación misma. En cuanto a la primera, consiste en arbitrar una resolución adicional de amortización como sucedáneo del título extraviado, sustraído o destruído en la función legitimadora que aquella cumplía y que, según el precepto citado es LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR EL PAGO. Preedicado este efecto de la renovación judicial queda automáticamente atribuído al título-valor del que aquélla es nuevo sustituto. Sin embargo, veamos cómo de éste mismo artículo y de su inmediato anterior resulta que la ostentosamente denominada "legitimación para exigir el pago" presumida de la letra de cambio o de la resolución judicial de amortización es dominada por las resultas del sudadero ejercicio del derecho en la medida de su propia opacidad obligacional. La legitimación para exigir el pago supone apariencia de derecho más que ejercicio verdadero y, por

tanto, no legitimación sino, a lo más, presunción de legitimación.

Cuando el artículo 86, párrafo primero, establece que el "juez dictará una resolución en la que delcarará la amortización del título y la legitimación del denunciante para exigir el pago" no atribuye a la resolución judicial una virtualidad "declarativa" del derecho sino sustitutiva del título-valor. Aquella produce la ineficacia de éste arrancándole el componente "significativo" que ella misma se apropia. Hay una sustitución de un título -cambiario- por otro -judicial-, no del referente. Conocido, pues, el alcance de la resolución judicial obtendremos el de la legitimación que se otorga al título-valor. Podremos verificar de esta manera si coincide con el sentido que le venimos dando.

El artículo 85 formula toda una doctrina material en clave procesal al disponer en los párrafos tercero a quinto: "Admitida a trámite la denuncia, el Juez dará traslado de la misma al librado o aceptante de la letra, ordenándole que si fuera ésta presentada al cobro, retenga el pago y ponga las circunstancias de la presentación en conocimiento del juzgado. El librado o aceptante podrá formular ante el Juez las alegaciones que estime pertinentes".

"El Juez, hechas las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos sobre el derecho del denunciante, ordenará, a la mayor brevedad que se publique la denuncia en el Boletín oficial del Estado, señalando un término de un mes desde la publicación, dentro del cual podrá comparecer y presentar oposición el tenedor del título.

Si dentro del plazo de un mes fijado en la publicación, se presentase un tercero, aportando la letra y oponiéndose a la denuncia, se dará traslado de la oposición al denunciante y al librado o aceptante. El Juez resolverá sobre la denuncia a la vista de la oposición presentada y una vez oídas las alegaciones de los interesados y realizadas las pruebas que estime pertinentes".

A su vez el artículo 86 finaliza así: "La amortización de la letra extingue los derechos resultantes del título amortizado, pero el tenedor del mismo que se considere perjudicado conservará acción personal contra quien hubiere obtenido la amortización".

Estos preceptos contribuyen a esclarecer los límites naturales de la cartularidad. En ellos se contempla un procedicimiento dirigido no contra un tercero, sino a pesar de que un tercero haya adquirido el título de buena fe, de la misma manera que el efecto jurídico de protección de la apariencia no se produce porque el titular sea aparente, sino aunque sea aparente (47 bis). La posición jurídica ganada con la resolución judicial no difiere de la resultante de la tenencia legítima. Las cuestiones relativas al derecho quedan, en principio, impresujgadas.

Sólo mediando oposición por quien detenta el título cabe pensar en atribuir a la resolución judicial un efecto superior al de la tenencia legítima de la letra o al de la propia resolución en caso de no mediar oposición: el efecto de cosa juzgada en cuanto a la existencia y titularidad del derecho.

Si tal efecto ha de derivar de la oposición es que han de poder intervenir en ella todos los implicados en la obligación misma. Ordenando que se de traslado de la oposición al librado o aceptante quiere la ley que la sentencia que sigue a la oposición produzca efectos también en la esfera jurídica del deudor en cuanto al objeto de la oposición. Por ello, más que preguntarnos si la resolución judicial "causa estado" sólo en cuanto a las cuestiones de legitimación formal o incluso en lo que concierne a la existencia o titularidad del derecho del crédito, hemos de analizar lo que se debate en la oposición, porque según la índole de la cuestión debatida así será el efecto de cosa juzgada. La composición de situaciones jurídicas que aparecen implicadas en trámites de oposición se pueden reconstruir a partir del delineamiento de las diversas posibles posiciones subjetivas en torno a un mismo fin institucional: declaración judicial de ineficacia del título cambiario y fijación de la facultad de "exigir" el pago de la letra". O sea, la resolución no confiere

el derecho a exigir el pago de la letra en conexión con la obligación, como cumplimiento de ésta, sino como pago abstracto, desprovisto de razones sustantivas: más que legitimación (sustantiva) "para" el pago confiere legitimidad (legitimación formal, según algunos) "al pago". Al pago de quien exhiba la resolución judicial y resulte en ella designado como beneficiario.

Cuando el párrafo cuarto "in fine" utiliza el término "tenedor" del título como sujeto legitimado para oponerse lo hace en sentido no exclusivo del tercer adquirente que detenta el título comprensivo de la circunstancia del DEUDOR QUE TIENE EL TÍTULO por cualquier causa justa (por haber pagado, por ej.). La referencia a la situación de estos deudores en el precepto no se hace a través de expresiones como "librado o aceptante" en la que han de incluirse los demás deudores cambiarios sino en la posición de tenedor. De expresiones como "presentar" oposición el tenedor del título (párrafo cuarto, "in fine") o "Si se presentare un tercero... se dará traslado de la oposición... al librado o aceptante", parece deducirse que el tenedor del título es el único legitimado para promover la oposición en la que intervienen librado o aceptante.

Al librado aceptante se le ordena que retenga el pago al darle traslado de la denuncia. Sin embargo la circulación cambiaria del título no queda paralizada

desde la solicitud de amortización, ni desde el acto de publicación en el BOE ni siquiera transcurrido el plazo de un mes sin presentar oposición el tenedor. El acto de la publicación o la falta de oposición no preconstituye la mala fe del adquirente. La hipótesis de advenir a la condición del tenedor legítimo no queda excluída sino a partir de que la resolución judicial de amortización sea definitiva. Así pues, aún cuando no haya presentado oposición el tenedor, la citada resolución cumplirá su fin legitimador sin afectar la titularidad del derecho. Esta última deberá atribuirse al tercer tenedor que pruebe haber adquirido la letra de cambio de buena fe, con anterioridad a la resolución, o al deudor tenedor que bajo esta misma condición haya pagado al portador legítimo.

La oponibilidad de la excepción de pago al denunciante formulada por el deudor frente al tercer adquirente que acciona el dispositivo previsto en el artículo 86, último párrafo, y la misma oponibilidad por el deudor frente al denunciante en trámites del artículo 85 de haber efectuado el pago a un tercer adquirente de buena fe, se justifican -pese a ser el pago una excepción personal (sólo oponible al portador pagado)- por la perduración del efecto liberatorio del pago en su beneficio. Así ocurre cuando el pago se efectúa al denunciante que exhibe la resolución judi-

cial de amortización o el tercer tenedor que adquiere la letra antes de publicada la resolución. ¿Qué ocurrirá, sin embargo, con los pagos o adquisiciones llevadas a cabo durante el procedimiento, y, concretamente, después que el Juez haya ordenado al deudor la retención del pago conforme el párrafo 3º del artículo 85? De acuerdo con el artículo 1165 del Código Civil: "No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda" (48). De éste artículo no se deriva que el término "judicialmente" presuponga la existencia de una resolución firme. La orden de retención del pago puede formularse como medida precautoria. Tomada al iniciarse un procedimiento en aseguramiento de la resolución judicial que le ponga término. No obstante, la partícula "le" es agregada a la expresión verbal "haberse" en cometido de complemento indirecto que limita el efecto (invalidez del pago, no eficacia liberatoria) al sujeto a quien se ordena el pago. Este es, según el artículo 85, párrafo 3º, el librado o aceptante. Pero la orden judicial de retener el pago no debe preconstituír la mala fe de los demás deudores cambiarios a quienes no se haya dado traslado de la susodicha orden. De la misma manera que al acto de publicación o la falta de oposición no preconstituye la mala fe del tenedor pues en tal caso se obten-

dría, POR LA VIA DE LA PRECLUSIÓN DE LA EFICACIA ADQUISITIVA DE LA BUENA FE, el mismo efecto que la resolución judicial -declaración de ineficacia del título- antes de que ésta fuera dispuesta.

Al iniciar este procedimiento el denunciante pretende suplir la falta de tenencia legítima por una resolución que la legitima para recibir el pago de la letra. Al oponerse el tenedor incúmbele fundar su adquisición en un justo título o en la buena fe y al denunciante demostrar la mala fe del tenedor en la adquisición. El deudor (librado, aceptante, avalista) al que se da traslado de la oposición referente a la legitimidad de la adquisición de la letra, no sólo debe proponer lo necesario para dirimir la controversia denunciante-tenedor en torno a la legitimidad de la adquisición del documento cambiario sino también debe oponerse a la existencia o validez de su obligación en relación con aquéllos. El deudor que esté en posesión del título-valor deberá, a su vez, acreditar un justo título para la adquisición de la letra o bien el pago efectuado al portador legítimo del título. Como ha quedado dicho, la tenencia sobreviniente a la resolución que declara la amortización del título está privada de legitimidad. Por tanto, la prueba por el deudor tenedor de ser legítimo el portador a quien pagó ha de ceñirse al MOMENTO en que el tenedor adquirió

la letra.

Por su parte, el denunciante a quien se da traslado de la oposición para oponerse al título de adquisición del documento cambiario o a la validez del pago por el deudor deberá probar la mala fe del deudor en el acto de adquisición del documento o el dolo o culpa grave en el acto del pago.

En conclusión, el tenedor debe oponerse si quiere seguir siendo tenedor legítimo. La falta de oposición determinará que la resolución prive de esta legitimidad a la tenencia. La oposición, triunfante o vencida, condicionará, a su favor, o a favor del denunciante, el carácter prejuzgante de la existencia y titularidad del derecho de la resolución judicial. El deudor, de otro lado, no puede aprovechar "motu proprio" este cauce para impugnar la obligación, pero sí debe (49), a las resultas de la oposición promovida por el tenedor, pronunciarse sobre la existencia y validez de su obligación para con éste y el denunciante.

Demostrada por el tenedor oponente la legitimidad de su tenencia (por una serie ininterrumpida de endosos), corresponderá al deudor o al denunciante a quien se da traslado de la oposición probar la inexistencia o invalidez de la obligación subyacente o la mala fe del tenedor en la adquisición "a non domino".

Por consiguiente, la llamada inversión de la carga de la prueba en la que se pretende fundar una presunción de titularidad a favor del tenedor y una derogación del régimen establecido en el art. 1214 del Código Civil, no es más que el efecto que produce la IN-VERSION DE LAS POSTURAS PROCESALES de las partes y no una exclusión de las normas comunes de distribución de la carga de la prueba. El tenedor no reclama el cumplimiento de la obligación, sólo acreditar la legitimidad de su tenencia. En cambio, el deudor, o denunciante que oponen la inexistencia o invalidez de la obligación o la mala fe en la adquisición deben demostrarlo. Sólo cabe hablar de presunción con relación a la obligación subyacente con base en la cual el tenedor adquiere la letra de cambio y que sirve de título a su transmisión. Pero entonces no habría presunción de titularidad en el tenedor sino presunción de causa de la obligación (art. 1277 Código Civil). Del mismo modo que cuando el tenedor adquiere de un transmitente carente del poder de disposición no puede fundarse la adquisición en la presunción del poder dispositivo del transferente sino en la presunción de buena fe del adquirente.

El pretendido efecto de presunción de titularidad que se confiere a la tenencia legítima de la letra no es más que la consecuencia de ser esta un acto de documentación del contra-

to y de presumirse ex art. 1277 del Código Civil la causa de éste. El concepto de causa es extraño a la letra de cambio como acto jurídico y propio de la obligación que en ella se documenta.

RECAPITULACION: FUNCION DE LA OBLIGACION EN LA HIPOTECA CAMBIARIA

A) Relativización de la aplicación del estatuto jurídico real.

Habida cuenta de lo estudiado hasta aquí podemos anticipar ya una idea de trascendental importancia para la hipoteca cambiaria: LAS LEYES DE CIRCULACION DE LAS COSAS MUEBLES SE APLICAN A LAS LETRAS DE CAMBIO SOLO EXTERNA E INSTRUMENTALMENTE Y NO EN CUANTO ESTAS SUPONGAN UNA RELACION JURIDICA DE NATURALEZA REAL. Más que aplicarse a la letra de cambio, se aplican A SU SERVICIO.

Manifestación del apartamiento del régimen legal de las cosas muebles son:

- a) La legitimidad (serie no interrumpida de endosos) requerida a la tenencia del título o la protección del tercer tenedor aún cuando el título haya sido sustraído (50).
- b) La protección dispensada al tercer poseedor en el plano real opera supeditada a la inmisión de la obligación subyacente en la letra de cambio a través del título (art. 433) cuyos vicios ha de ignorar el poseedor para ser de buena fe. El conflicto entre el tercer tenedor y el tenedor desposeído no se resuelve propiamente como consecuencia de la distribución del riesgo de pérdida de la cosa cuya propiedad se transmite.
- c) A su vez, la protección al tercer poseedor en el plano obligacional frente a las excepciones basadas en las relaciones personales entre el deudor y el

precedente poseedor transmittente (provisión, valuta pago...) tiene como contrapartida la "exceptio doli" a favor del deudor. En caso de que el deudor no pueda ampararse en esta "exceptio doli" veíamos cómo le sería posible servirse de los medios previstos en defensa del tenedor desposeído.

d) Fuera del marco de esas excepciones derivadas de relaciones personales quedan el defecto de titularidad y de legitimidad de la tenencia. La oponibilidad de éstas queda circunscrita al tenedor que intervino en la relación que adolecía de estos defectos. El conocimiento, por tanto, de tal defecto en una tenencia anterior a la de su transmittente no preconstituye la mala fe del tenedor adquirente. El campo de referencia de la buena fe es diseñado por el título constitutivo de la obligación del que surge el crédito a su favor. Ese título constitutivo de la obligación constituye SIMULTANEAMENTE la "CAUSA DOCUMENTATIONIS" y la "CAUSA TRADITIONIS" en relación con la SUSCRIPCION o el ENDOSO y la ENTREGA de la letra de cambio respectivamente. De ello se deduce, de una parte, que la protección no sólo incluye al deudor "tradens" o al tenedor desposeído de su documento, sino también al deudor que ha suscrito el título con base en una relación inválida. De otra parte, la oponibilidad del defecto de titularidad o de legitimidad del tenedor no se articula, pues, por la vía de las excepciones derivadas de las relaciones personales, (art.20) con ser defec-

tos obrantes en la relación en que el tenedor intervino. Esta es precisamente la razón por la cual, - pese a su carácter personal, no es cuestión predicable de las relaciones personales entre el deudor y los tenedores anteriores, sino presupuesto para la adquisición del crédito y, por ende, referente obligado de la buena fe del adquirente.

e) El singular perfil de la adquisición "a non domino". Frente a la adquisición de una cosa de quien - no es su titular, cabe en la cambial la hipótesis - de "non tanto un diritto "altrui" quanto un "non di ritto". Dice Carnelutti: "Tecnicamente il fenome- no è conosciuto; ma logicamente, come si definisca- no le situazione giuridiche, che ne derivano, e - gliatti giuridici, che le determinano, è un nodo an cora da districare" "L'ACQUISTO DEL NON CREDITO é, se non il solo, el più grave problema che la scien- za, in tema cambiario, abbia da risolvere" (51)

f) Jean Dabin ha señalado algunos aspectos de las cambiales irreconciliables con el régimen de "ius - cogens" de los derechos reales: "Ainsi, il ne suffit pas que les parties se déclarent d'accord de transfé- rer la propriété du litre: il faut que leurs volonté de disposition s'étende au droit exprimé dans le ti- tre. Pratiquement, cet accord de volontés résultera de l'emploi du mot "Wechsel". Dans le même ordre - d'idées, il convient d'observer que le tireur d'une lettre de change a le pouvoir d'imposer aux tiers -

les conditions d'acquisition du titre. La lettre de change sera transférable par endossement ou non. UNE TELLE LIBERTÉ avec le régime légal des biens - qui est d'ORDRE PUBLIC est permise PARCE QUE l'acquisition de la propriété du titre est, en réalité, l'acquisition d'une CRÉANCE." (52)

Si es cierto que las reglas del Derecho de bienes - no se aplican a las cambiales como tales reglas -idea que venimos intentando demostrar- no es exacta la razón que se alega. Esta presupone una equivalencia entre los derechos reales y las normas inderogables y los derechos de crédito y las normas dispositivas. TAMBIEN las normas del DERECHO DE OBLIGACIONES son inderogables cuando son establecidas en tutela de terceros o de intereses de orden general "Rectius": cuando CUMPLEN LA FUNCION DE REALIZAR LOS PRINCIPIOS LATENTES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO (53). Además, la autonomía privada concierne a la reglamentación de intereses no a aquellos objetos, cosas inmuebles, cosas muebles, créditos) que se presentan respecto de la misma como un "prius". En estos casos no es posible modificar las condiciones objetivas de su ser ni, por ende, la forma de circulación que le es otorgada "ratione legis" "secundum natura". La autonomía de la voluntad va referida a las situaciones subjetivas, no a la condición jurídica de los bienes ni a su correlativo régimen de circulación. El problema no es, pues, si los particulares pueden configurar la letra de cambio como "res" o como crédito, sino si la cambial es, en la valoración

del legislador, "res" o crédito o ambas cosas a la vez. En ningún caso, por consiguiente, la solución del problema puede hacerse depender de la autonomía comercial. (54)

B) Estatuto jurídico formal de la letra de cambio

La apariencia cambiaria es NORMATIVA. Esto impide concebir en ella una apariencia de documentación. La letra de cambio es un título eminentemente formal. Además hay una expansividad de este carácter formal al plano de los comportamientos subjetivos relacionados con la letra. Esta trasposición es doble. La constancia del librado es una exigencia formal. La firma del librador y endosantes es forma de exteriorizar sus obligaciones. La legitimidad de la tenencia es una condición formal. Estos sujetos han de cumplir incluso el orden de formalidades que para cada una de sus posiciones cambiarias establece la ley. La falta de presentación de la letra o de levantamiento del protesto son hechos imputables, de no mediar fuerza mayor, al tenedor a los que la ley liga, negativamente, consecuencias jurídicas, como las ordena, positivamente, a la tenencia legítima. Si entre deudor y tercer tenedor no media relación comercial directa, constituyendo la apariencia el único vínculo obligacional de aquel hacia éste, no puede quedar su formación al capricho del tercero. Así como la validez de la apariencia no se deja al arbitrio del deudor firmante sino que se establece un módulo legal en que ha de insertar su firma

para producir aquel efecto, así también se establece - para el tenedor una serie de formalidades tendentes a evitar la PÉRDIDA "IPSO IURE" de la APARIENCIA en la documentación en que ha de apoyar su acción. Si, culpablemente, infringe esas formalidades, no podrá servirse de los beneficios que, de haberlas cumplido, obtendría. La apariencia, por tanto, ha de ser arreglada a ley para que el tenedor funde en ella su buena fe.

Que el ENDOSO posibilita la EQUIVALENCIA de la POSESION AL TITULO no permite fundar la protección cartular en la abstracción pero tampoco en el endoso mismo. Esta sería una fundamentación TAUTOLÓGICA. El endoso produce, junto al efecto traslativo, un típico efecto OBLIGATORIO que por su propia naturaleza -de garantía- POSTULA LA CAUSALIDAD de la obligación en la que se integra. Por lo mismo la LITERALIDAD cambiaria no es el reflejo de una regla sobre la circulación del título - sino, en primer grado y sobre todo, expresión de la DOCUMENTACION DE UNA OBLIGACION. La POSESION del título, en fin, no desempeña más funciones que las que la corresponden en unión de la tradición y cualificada por el endoso (excepto en el caso de endosos en blanco). - La apariencia NORMATIVA supuesta en la letra trunca - cualquier otro cometido de aquella.

C) La obligación como causa legitimante de la protección cartular y como condicionante de la eficacia de la hipoteca cambiaria

"La relación jurídica -como ha hecho notar Ihering-(55)

es obra, no de una fuerza única, sino de dos fuerzas - que se mueven en dos direcciones distintas: la una, - afirmando, creando; la otra limitando, negando, completando. Es el paralelógramo de las fuerzas, en que cada una de éstas obra en una dirección especial, pero - cuyo conjunto se produce en dirección diagonal". Este es cabalmente el juego de tensiones (voluntad, apariencia, buena fe) en la obligación cambiaria. Que la - autonomía de la obligación se cifra en la aptitud para expresar por sí sola la relación existente entre dos o más personas NO implica CORRESP^ECTIVIDAD ENTRE LOS TERMINOS SUBJETIVOS Y LOS INTERESES en ella implicados. - La oblicuidad en el cumplimiento produce una disolución entre el efecto extintivo y satisfactivo. No impide, - sin embargo, que el cumplimiento se consume. No por el cumplimiento de las cargas legales fundadas en la apariencia normativa, sino por el cumplimiento de buena - fe de la obligación. La apariencia reglada (tenencia legítima) es necesaria pero no suficiente para que haya verdadero cumplimiento y, por ende, extinción de la obligación.

La OBLIGACION, en cambio, INTEGRADA POR LA BUENA FE del deudor se convierte ella misma en CAUSA JUSTIFICANTE DEL ACTO DEL PAGO Y DEL EFECTO EXTINTIVO que éste - produce en virtud del LAZO GENÉTICO que le vincula a - aquélla (56). Junto a esta función integradora de la - obligación cúmplele a la buena fe un cometido LEGITIMADOR DE LA INTERVENCION del deudor en la esfera jurídica del portador en orden a desentrañar la verdad de su

derecho.(57) Que la perentoriedad de los plazos o el distanciamiento geográfico limiten temporal o espacialmente esa intromisión no quiere decir que carezca de fundamento jurídico. Tampoco significa que el deudor pueda subordinar el pago al tenedor legítimo exigiéndole pruebas de su derecho.

Si el control de la "legitimación cartular" por el tenedor adquirente y por el deudor es por definición -identico, dada la objetividad de las circunstancias -que integran aquélla, difiere, en cambio, la intensidad del control de TITULARIDAD según se trata de uno u otro. La situación del tenedor que adquiere voluntariamente la letra de cambio no es la del deudor a quien -se presenta la letra para su pago. Aquél, ante la duda o sospecha acerca de la verdadera titularidad de su transmitente, puede desistir de su proyecto. Esta misma actitud negativa respecto al pago le acarrearía graves perjuicios colocándole en situación de incumplimiento de su obligación. Si a la menor duda del deudor sobre el derecho del portador legítimo obstruyese el efecto liberatorio del pago, se paralizaría el juego esencial de la letra de cambio (58). En la distinta NATURALEZA DEL ACTO del pago -acto debido- y del acto de la adquisición de la letra -acto voluntario-, y NO en la existencia de una EFECTIVA LEGITIMACION (59) en el portador legítimo, se halla la única posible razón para una diligencia más cautelosa en el control de la titularidad por el adquirente que en la misma actividad por el deudor. No, por tanto, porque la ley rodee de

especiales formalidades el acto de adquisición de la letra frente al acto del pago sino por las consecuencias que una negativa injustificada (cuando el deudor no esté en condiciones de probar el vicio de adquisición del tenedor) desencadenaría para el deudor y por la rémora que la justificación de -tal negativa ante la mera duda supondría para la letra de cambio como instrumento de circulación del crédito.

No se trata de una exoneración de responsabilidad dimanante del incumplimiento de la obligación y justificada por la diligencia "ex lege" acreditada por el deudor al pagar a un portador legítimo. Más bien la buena fe integra la obligación dotando de complitud al cumplimiento por el deudor. Aun cuando no se produzca el efecto satisfactivo del acreedor. A diferencia de lo que, según vimos, ocurre en el descuento o en el pago anticipado, en que sólo se producía una disociación temporal entre cumplimiento y satisfacción, el pago efectuado al portador legítimo al vencimiento de la letra origina un EFECTO ASIMÉTRICO en la obligación misma si no es el tenedor el verdadero acreedor. La UNIDAD Y CAUSALIDAD DE LA OBLIGACION justifica que quien paga al tercer tenedor lo que debe en virtud de esa obligación a su contraparte extinga su débito contractual. La BUENA FE legitima el cumplimiento asimétrico de la obligación. Al propio tiempo se manifiesta la irrelevancia jurídica de la tenencia legítima anterior a la "solutio". El verdadero acreedor puede enervar la buena fe del deudor ejercitando su acción con ante-

rioridad al vencimiento de la letra o con posterioridad. Si el pago al tenedor se hizo anticipadamente, - la voluntariedad en el pago anticipado compele al deudor a un mayor rigor en el control de la titularidad - verdadera. Si el acreedor impugna el pago en este caso corresponderá al deudor la prueba de la falta de ma la fe. (60) Si, por el contrario pagó al vencimiento, corresponderá al acreedor impugnante tal prueba. La - tenencia legítima cumple la función de invertir la car ga de la prueba de la diligencia exigible en este se gundodo caso. Pero no preconstituye la buena fe del - deudor ni, por ende, la exime de responsbilidad frente al acreedor cuando, no obstante contar con los elementos probatorios de la falta de titularidad del tenedor legítimo, no los alegó para oponerse justificadamente al pago y evitar así el perjuicio del verdadero acree dor. Otra cosa es que haya de probarse la adecuación objetiva de los medios probatorios con que cuente el - deudor en orden al éxito procesal de la prueba. Así - pues, la tenencia legítima es un punto de referencia - que sirve de medio para lograr el cumplimiento. El efec to liberatorio es una consecuencia de ese cumplimiento de buena fe.

En una palabra, el artículo 491 del Código de Comercio establece un MECANISMO DE AUTOTUTELA DE LA OBLIGACION SOMETIDA A LAS CONTINGENCIAS Y EXIGENCIAS DEL TRAFICO. EN ESTAS CONDICIONES accedo al Registro la obligación garantizada con hipoteca cambiaria. Lo que es de suma trascendencia no sólo para elucidarla relevancia

de los diferentes actos (hechos modificativos o extintivos) frente a terceros, sino, sobre todo, para explicar el juego de la fe pública registral DESDE LA OBLIGACION GARANTIZADA POR MEDIO DEL REGISTRO. Obligación cambiaria es FORMA -predeterminada por la ley- y es ACTO -vinculado a la obligación.

Notas

- (1) Hernández Gil (A.) : "La posesión", Madrid 1980 - pp. 273 y 55
- (2) Id. p. 683 (El subrayado nuestro) El autor, al ocuparse del "Regimen juridico de otros bienes muebles" estudia los títulos al portador y los títulos nominativos. Respecto de estos últimos afirma (p. 685) "... habiendo de figurar inscrito el título - nominativo en el Libro Registro del emisor, la posesión del mismo no puede actuar de un modo independiente a los efectos de la buena fe del adquirente porque rigen normas especiales acerca de la publicidad y de la legitimación".
- (3) Rubio : op. cit. p. 291
- (4) "Tratado", p. 353
- (5) "La trasferimento e Legittimazione nella girata della cambiale", R.Dir.Civ. 1943, 1,p. 105
- (6) postura mantenida en sentido afirmativo por Gómez Pérez (loc.cit.p. 1080)
- (7) "Derecho de Cosas" II, p.343
- (8) Eickman ("Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" 4, München, 1981, pp, 1571 y 55).
"Da 1154 abd. 3 ausgeschlossen ist, wird die Übertragung des Rechts völling von den immobilienrecht

Lichen Grundsätzen gelöst. Die verbriefte Forderung wird nach den für das Papier geltenden wertpapier-rechtlichen Regeln übertragen, also durch Einigung und Übergabe (929) des Inhaberpapiers oder durch Indossament auf dem Orderpapier. Mit dem Übergang der Forderung erwirbt der neue Gläubiger nach 1153 Abs. 1 auch die Hypothek".

- (9) Sobre la errónea y generalizada opinión del fundamento y efectos de la "abstracción " en el derecho Cambiario alemán, véase la obra de Jean Dabin -- ("passim") ya citada.
- (10) "Riv. Dir. Comm." 1954, II p. 287
- (11) Gorla : "Delle ipoteche" en "Comentario del C.C. a cura di Scialoja e Branca" 1955 p. 513
- (12) "Trattato Dir. Cambiario" p. 419
- (13) "Girata di cambiale ipotecaria", Transferimento - dell'ipoteca es eccezioni opponibili al giratorio" en B.B.T.C., 1954, II, pp. 432 y 55
- (14) "Titoli di credito" II p 56 y 55
- (15) "Sulla natura dell'ipoteca cambiaria" BBTC, 1954 II, p. 409 y 1956,I, p. 172 y 55
- (16) "Cambiale e vaglia cambiario" 1949 p. 203
- (17) "Riv. del notariato", 1955, I, p. 14

- (18) Op. cit. pp. 65 y 55
- (19) "La cambiale" "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" de Cicu-Messineo, XXXIX, T.1 pp. 455 y 55
- (20) Asi, Guglielmucci (op.cit.p.69) : "... non se me piro dedurre che la garanzia circoli "come" il rapporto garantito, perché incorporate anch'essa nel titolo cambiario. Vero è piuttosto che la garanzia circola "con " il credito garantito : il negozio - traslativo, cioè, contempla esclusivamente il credito, e la garanzia ne segue le sorti non perché dedotta anch'essa nel medesimo negozio, ma soltanto perché inscindibile dal rapporto principale. Se allora il crédito cambiario si acquista in virtù del meccanismo dell'incorporazione, la circolazione della garanzia è sostanzialmente pure essa un riflesso di tale fenomeno, ma un riflesso del tutto indiretto, ricollegandosi all'incorporazione del credito e non della garanzia".
- (21) Rubino (BBTC, 1956, I, p. 176) : "Le conseguenze concernono soprattutto le eccezioni opponibili dal proprietario del bene (o dal curatore del suo fallimento) ai successivi giratori non in dolo..."
- (22) Idem. El Subrayado es nuestro.
- (23) Op. cit. p. 72
- (24) "Novi problemi di diritto cambiario", en Riv. dir. comm. 1933, I, p. 136 y 55

- (25) "Il trasferimento dell'ipoteca data a garanzia -- della cambiale", en BBTC, 1938, II, pp.84 y 55
- (26) "Girata di cambiale ipotecaria" Riv. dir. priv. - 1941 II p. 144
- (27) "Girata di cambiali ipotecaria e trasferimento " en BBTC 1949 II pp. 168
- (28) Hernandez Gil, op. cit. p. 293
- (29) Sobre el sentido de la modificación del Título^{Preliminar} del Código Civil y la buena fe, vida Hernandez Gil: - "Reflexiones sobre una concepción etica y unitaria de la buena fe" Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid 1979 pp. 15 y 55 Id. en "Posesión" pp. 201
- (30) Sobre la posesión de crédito o el sentido de esta expresión : Beltran de Heredia (op. cit. p. 149), Hernandez Gil (op. cit.pp. 254 y 55) Finzi ("Il possesso dei diritti, Roma, 1915, p, 124
- (31) En contra, Ricardo de Angel Jagüez ("Apariencia - juridica, posesión y publicidad inmobiliaria registral "Bilbao, 1975 p.29) para quien el principio - de legitimación significa que se evitan las exigencias de los artículos 1214, 1162 y 1163 del Código Civil (relativos al ejercicio de los derechos de crédito que podriamos llamar "ordinarios".
- (32) Carnelutti : "Teoria cambiaria" Padora, 1937

pp 10 y 55 : "... INVESTITTO di un diritto è colvi, a favore del quale esiste non tanto il titolo quanto la sua apparenza, cioè il sud indice" Distingue "investidura" y "appartenenza" así : "... potendo il fatto costitutivo essere paralizzato - delle eccezioni "ex Titulo", chi è investito può non essere il soggetto del diritto" Más sutil es la titularita, perche all'investito può essere oposta la siessa inesistenza non solo la inefficacia del titolo".

- (33) Guglielmucci op. cit. p. 42 : "Correlativamente al rapporto proprietà-Titolarità si pone dunque, sul piano esterno dell'opponibilità del'acquisto al debitore, il rapporto possesso-legittomazione : ed dia questo senso può ben dirsi che il titolo di credito incorpora anche la legittimazione - all'escrizio del diritto".
- (34) Hernandez Gil: op. cit. p. 718
- (35) Piero Schlessinger ("El pago al tercero", Ed, Rev Priv., Madrid 1971 p. 141) llama a este efecto legitimación pasiva, es decir, para recibir eficazmente el cumplimiento
- (36) Contra la concepción de la legitimación aparente como condición fundamentadora "a se" de la eficacia de las adquisiciones se han alzado, con rigor, varios autores citados por Gordillo ("La representación aparente", Sevilla, 1978 pp. 352 y 55)

entre los que seleccionaremos las siguientes oposiciones : Regelsberger : "Creo que ha llegado ya el momento de prescindir de la idea de legitimación para explicar la adquisición "a non domino". Se basa en un equivoco y confunde los conceptos. Si de todos modos se quiere recurrir a la ficción de la titularidad, lo que no debe disimularse es que con ello solo se gana una palabra, pero en realidad nada se explica". Meyer: "Estoy de acuerdo con Regelsberger en que no debe hablarse de un poder juridico del "non dominus, en que incluso debe proscribirse la expresión "legitimación".... no entendemos por legitimación... más que apariencia Pero la palabra se presta al equivoco, suscita la idea de que la actuación del no titular es conforme al Derecho, legitima. No es así; sólo resulta relevante en cuanto contribuye a la formación de la apariencia para el tercero de buena fe y, con ella, al nacimiento del Derecho" Falzea : "Se tratará obiamente, de legitimación aparente... como aparente es la titularidad del correspondiente derecho subjetivo... Y no se considere inutil el haber vuelto a subrayar la inexistencia de la realidad jurídica manifestada, ya que frecuentemente - la doctrina, cediendo a la facil sugestión de las formulas y falseando en su raiz la orientación jurídica del fenomeno, ha convertido la inexistente titularidad del derecho subjetivo en la titularidad efectiva de otra posición subjetiva-poder, juridico o facultad juridica - y la inexistente le-

gitimación en una legitimación efectiva, nacida - de la situación de apariencia (todo ello siguiendo una dirección muy difundida en la doctrina alemana que tiende a identificar los fenómenos de la - apariencia y de la legitimación). El titular aparente del derecho subjetivo sería titular real de una situación jurídica equivalente, y el legítimado aparente sería legitimado real en fuerza de la "fattispecie" aparente. La doctrina más prespicaz ha demostrado el vicio lógico que se encierra en la transformación verbal de la titularidad inexistente en una titularidad real, haciendo observar, en el plano jurídico positivo, lo absurdo de la idea de un poder o de una facultad cuyo ejercicio esta condicionado por la existencia de un determinado estado subjetivo en otra persona: la buena - fe del tercero". También muestra Falser su preocupación por la dirección contraria y subraya la equivocación de "sostener que la apariencia no tiene relieve alguno autonomo y se agota totalmente en los en los confines de la buena fe". En fin, - el propio Gordillo escribe : "Nótese, de entrada que en su contenido no difiere nada esta explicación de la ofrecida por la teoría de la abstracción: En realidad, no es sino una formulación desde el punto de vista, o desde la perspectiva, de sus resultados... En tal supuesto - y al igual también que en la abstracción negocial - la razón de eficacia de la apariencia se pone en la actuación del

legitimado por la apariencia, quedando, en consecuencia , devaluada la significación de la buena fe. Más que dato desencadenante de la medida protectora, sería mero límite externo a la eficacia de la apariencia. Pero es que, además, ¿Como va a atribuirse valor real a una legitimación cuyo contenido - como en gráfica expresión indicara Re gelsberger- se diluye ante la mala fe como la manteca ante el sol, o cuya virtualidad se detiene - ante los actos o títulos gratuitos? (observación hecha por Vallet). Y todo ello sin olvidar que la actuación del legitimado por la apariencia pueda en ocasiones ser constitutiva de ilícito (civil o penal) sin que por ello resulte mermada su eficacia respecto a terceros. ¿No repugna a la conciencia jurídica (por ello, ética) que la eficacia de tal actuación derive, por obra del Derecho, de dicha actuación ilícita ?... Creemos que acierta Re gelberger cuando indica que la inclinación a atribuir un contenido real a la legitimación aparente responde a una razón de mera inercia. Estamos acostumbrados a imaginar la adquisición según las reglas de la enajenación y en esta el poder dispositivo del enajenante es un elemento imprescindible (...) sea, pues, ésta muestra de conclusión : que la legitimación extraordinaria, rectamente entendida, poco puede contribuir a la explicación - de la apariencia. Creemos que la expresión de Ladaria, cuando afirma que la teoría de la apariencia no puede explicarse sino en base al concepto

pp. 17 y ss) Respecto a la tenencia cambiaria Savigny utilizó la expresión "Der Thatsächliche Besitz (die Detention)", Jacobi habla simplemente de "Besitz", Brunner prefirió el termino "Innehabung". Nuestro C de C y el Anteproyecto de ley Cambiaria utilizan indistintamente las expresiones "Tenedor", "portador", "poseedor".

- (40) Hernández Moreno : "El pago del tercero", Barcelona, 1983, p, 77
- (41) Cuyo deber de justificación de la regularidad de la cadena de endosos se funda en interpretación conjunta de los artículos 461 y 462.
- (42) Carnelutti, op. cit, p. 33"... il suo possesso, ci
è l'esercizio del godimento su di essa, si esaurisce nella sua esibizione ..."
- (43) Op. art. p. 152
- (44) Guasp. ("Derecho" Madrid, 1971, p. 100)
- (45) Derecho, Madrid, 1970, p. 152 y SS
- (46) ¿Debe? A juicio de Rubio en este punto habrian de tenerse en cuenta los usos y la buena fe. Su pago sería indebido si actuó fuera de la diligencia exigible (op. cit.p.347). Garrigues sostiene que solo en caso de culpa grave. Aparicio Ramos ("La falsedad en la letra de cambio", Madrid 1945 pp. 72 y SS) opina que el deudor debe abstenerse de -

de legitimación, es inexacta. Lo que a lo sumo podría admitirse es que la legitimación extraordinaria (aparente) se explica como resultado de la - protección de la apariencia".

(37) Del del BGB resulta cabalmente cómo, cedido el - crédito, el título pertenece legalmente al cesionario. Similar efecto se deduce del artículo 24 - del Anteproyecto de Ley Cambiaria : "La cesión ordinaria de la letra transmitirá al cesionario todas los derechos cambiarios del cedente. El cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Iguales efectos producirá la transmisión por cualquier otro medio del endoso.

(38) Art. 19, parr. 1º, "in fine" del Anteproyecto :
"Cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, el firmante de éste se entenderá que adquirió la letra por el endoso en blanco".

(39) No corresponde a este estudio determinar si el - concepto de tenencia es o no enmarcable en el de posesión, o si el Código de Comercio ha elaborado una nueva forma de detentación - La tenencia cambiaria-que, como tenencia, despliegue unos efectos superiores a los que la tenencia produce en - el ámbito del fenómeno posesorio, Para el concepto de tenencia vease Hernandez Gil (op. cit. pp. 29 y ss y. 721 y ss) y Vallet de Goytisoló ("Estudios sobre derecho de cosas), Ed. Montecorvo 1973

pagar la letra sepa que el presentador, aun estando legitimada externamente no es propietario de ella ni titular del derecho. Caso de pagar en estas condiciones no queda exento de responsabilidad frente al legítimo - propietario y acreedor.

(47) Como Aparicio Ramos sostiene, los artículos 498 a 500 del Código de Comercio, cuando hablan de pérdida de letra, sólo se refieren a la pérdida definitiva o destrucción, no al caso de que la letra perdida hubiese sido hallada y falsamente endosada. El propietario desposeído no podrá seguir el procedimiento del artículo 498, porque la letra existe, y hay un acreedor que, con su posición legitimada, es aparente titular del derecho. Corroborar esta afirmación con el examen del artículo 448 en relación con los 498 y 500. La verdad es que - estos preceptos más que un procedimiento de amortización del título actúa un juego de fianzas y depósitos en tanto el supuesto titular obtiene un duplicado. González Laguna (RCDI nº 533 p.899): "En caso de pérdida de la letra cabe distinguir: 1) Si es antes del pago, el deudor puede obtener la cancelación por el procedimiento de la consignación. 2) Si fuese después del pago se plantea un grave problema, ya que el deudor carece del documento justificativo del mismo por lo que sólo cabe acudir al juicio declarativo correspondiente, al menos en Derecho constituido"

(47 bis) En cuanto a lo primero, Pavone, op.cit.p.747. En cuanto a lo segundo Hernández Gil, "la posesión" p. 46.

(48) Beltrán de Heredia op.cit.p.150: "...es necesario también la concurrencia del requisito subjetivo de la buena fe, por parte del deudor que realiza el pago, mencionado por el art.1165 en forma de exigencia positiva, que, en consecuencia, deberá ser demostrada por aquel que la alega en favor de la Tesis

liberatoria. Es uno de los pocos casos en que nuestra ley lo formula de este modo, -- aunque, sin embargo, de hecho, funcionará normalmente, pues una vez realizado el pago, el acreedor que lo impugne, para poderlo hacer habrá de dirigir su acción, precisamente, a la destrucción de aquellos dos requisitos : el objetivo de la apariencia y el subjetivo de la buena fe . Y la excepción del deudor tendrá que ir dirigida a demostrar no positivamente la buena fe, sino la falta de mala fe alegada por el acreedor" y más adelante agrega : " Esta excepción (retención judicial del pago) afecta, pues, al complejo mecanismo del cumplimiento y no solo a su aspecto subjetivo activo (relación extricta del acreedor)"

- (49) El Tribunal Supremo tiene declarado, respecto al estado legal vigente, que el deudor cambiario no podrá opinar en su contraparte en el juicio ordinario las excepciones que pudo y debió alegar en el procedimiento ejecutivo.
- (50) Ferri (Guiseppe) : "Le promesse unilaterali. ... Titoli di credito" en "Trattato di Diritto Civile" dirigido por G. Frosso y F. Santoro. Passarelli,- Vol. IV Fas. III/1, p. 84 señala como variaciones sustanciales de los títulos de crédito frente a las casas muebles : "... da un lato, la necessita che il possesso del titolo sia conseguito con il rispetto della legge di circolazione (e cive per per i titoli all'ordine sulla base di una serie continua di girate...) e, d'altro lato, la non ne

cessita di un titolo idoneo al trasferimento del dominio, essendo ul titolo idoneo rappresentato della consegna, della girata o dal transfert, - che sono appunto considerati della lagge (art. - 2003, art. 2022, art. 2023 cod. civ.) idonei a trasferire il titolo" F. de Castro : Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1936 - 1937, Universidad de Madrid, 1936 : (p. - 367) :

"No hay necesidad de acudir a otra solución para el caso de adquisición de una letra perdida o - robada. El estatuto del último derechohabiente (el lugar donde se estampo su nombre) decidirá el modo cómo éste pierde su situación privilegiada y cómo, por tanto, puede ser sustituido por otro titular.

El influjo del estatuto real es indudable, pero siempre a nuestro parecer, de segundo grado. El estatuto real determina qué persona es propietaria del papel en que consta la letra, o quién tiene su posesión, pero nada más. En ninguna legislación basta con la sola posesión del título, ni siquiera suficiente su propiedad, para tener el carácter de tenedor legítimo. Corresponde de

terminar las condiciones de la titularidad al estatuto formal, que ha creado la última situación cambiaria firme. De este modo, se armonizan todas las relaciones cambiarias y se permite el libre juego de la acción de regreso".

- (51) Teoría cambiaria "Padova, 1937, pp. VI y 21. Hernández Gil ("Metodología de la Ciencia del Derecho" Vol. II p. 196) : "Con la adquisición" a non domino" alguien transmite lo que no tiene, o más exactamente, alguien adquiere pese a faltar en el enajenante una titularidad atributiva del poder de disposición. La seguridad del tráfico, la tutela de la apariencia y de la buena fe, son las justificaciones frecuentes de tal efecto jurídico. Aquí la regla no actúa. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya dejado de tener una enunciación y un aspecto lógicos. Lo que acontece más bien es que el campo acotado no es el enteramente correspondiente a la exigencia lógica. La sustracción a la regla lógica de algunas zonas de la normatividad no trae como consecuencia que toda ella y el reglamento correspondiente se conviertan en extralógicos. Sobre todo cuando no son modificaciones internas las introducidas sino más bien sustracciones".

- (52) Op. cit. p. 280. En el mismo sentido de que las reglas propias del derecho de bienes son inaplicables en cuanto tales cita el autor a Gierke ("Deutsches Privatrecht" Bd 2 p. 115): "Immer beruhen sie (die allgemeine Regeln des Fahrnisrechts) darauf, dass diese Körperliche Sache nur um des in ihr -- verkörpertem Rechtes willen einen Gegenstand des Rechtsverkehrs bildet".
- (53) En este sentido, F. de Castro : "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC octubre - diciembre de 1982, p. 1061
- (54) Sic, Pavone : op. cit. p. 201
- (55) Op. cit. libro II, p. 225
- (56) Beltrán de Heredia (José) : op. cit. p. 177 : "el acto de tradición esta por tanto, haciendo referencia no solo a la entrega como cumplimiento de la obligación "en si" sino en cuanto que es un complemento de la obligación contractual de dar, que supone y lleva consigo una transferencia de la propiedad " Y añade : "Son por consiguiente, dos cosas conceptualmente distintas que la doctrina española no distingue: la tradición, de por si, no produce efectos de carácter libertario en el cumplimiento de una obligación de dar; el efecto libertario está en relación con el vínculo de carácter obligatorio; que justifica la entrega. La tradición, aisladamente considera, no transfiere

la propiedad; el efecto traslativo es tambien consecuencia de aquel vinculo contractual. Cumplir - es independiente de transmitir; aquello hace referencia a un momento de la obligación, al último - momento de su vida. En cambio, transmitir; aquello hace referencia a un momento de la obligación, al último momento de su vida. En cambio, transmitir afecta al nacimiento y sucesión en la titularidad de un derecho real. La transmisión es, pues, desde un punto de vista, un medio para lograr el cumplimiento; y desde otro, una consecuencia posterior del mismo".

- (57) Criterio contrario parece sostener Rubio (op. cit. p. 344) : "Pero debe entenderse también que está legitimación es la que resulta formalmente del - tenor del documento. Sin que el deudor esté autorizado para indagar la regularidad material de - las transmisiones ". Claro que fundamenta su opinión en el valor legitimador de la tenencia legítima.
- (58) "Rapport du Comité de redaction dans les comptes rendus de la Conference internationale de Gêneve" de 1930, pp. 139 y 392.
- (59) En contra, Pavone : op. cit. p. 592, donde contrapone la "effettiva" legitimación cartular al pago en favor de un legitimado "apparente".

CAPITULO II

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA CAMBIARIA

- A) ANALISIS CRITICO DE LA CONFIGURACION DE HIPOTECA CAMBIARIA COMO HIPOTECA DE SEGURIDAD
- B) LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y LA OBLIGACION GARANTIZADA: LIMITES
- C) LEGITIMACION REGISTRAL
- D) LA FIGURA DEL "GRUNDBUCHVERTRETER" COMO REPRESENTANTE PARA LA HIPOTECA CAMBIARIA

ANALISIS CRITICO DE LA CONFIGURACION DE HIPOTECA
CAMBIARIA COMO HIPOTECA DE SEGURIDAD

La oponibilidad de las llamadas excepciones absolutas -y no la indeterminación del acreedor hipotecario- constituye, a nuestro juicio, la verdadera traba para la configuración de la hipoteca cambiaria como hipoteca ordinaria y no de seguridad . . En éstas -se dice- a diferencia de aquéllas, la fe pública registral no cubre el crédito. Por ende, el tercero no adquiere el crédito si éste no resulta ser válido, aunque confíe - en el Registro. Nuestra doctrina basa la calificación de la hipoteca cambiaria como HIPOTECA DE SEGURIDAD en la inaplicación al crédito que garantiza de los artículos 144 y 34 de la ley Hipotecaria. Así, en la hipoteca ordinaria, "por absurda que parezca la cesión de un crédito inexistente, la ley Hipotecaria exige, para la seguridad del tráfico, que no se da ninguna excepción no inscrita sobre el particular del pago, de la compensación, de la espera ..." (1). "Cuando el crédito garantizado por hipoteca es cambiario -dice Roca Sastre- el cesionario no se beneficia de aquel (art. 144) proceso de extensión de la función protectora de la fe pú

blica registral, aún cuando reúna los requisitos del artículo 34 de la ley Hipotecaria, pues en tal caso la protección registral se limita al derecho real de hipoteca ... Por consiguiente, si el Registro ni siquiera puede responder de quien es el titular en cada momento del crédito hipotecario, mal puede cumplirse el artículo 34 .. De todo lo expuesto se desprende la irregularidad legislativa de que, a través de tanta reforma hipotecaria, no se haya agregado a dicho artículo 144 de la ley Hipotecaria una norma que excluya de lo que su texto establece a las hipotecas de máximo y a las de cuentas corrientes y títulos endosables o al portador".

Para poder delimitar en sus justos términos los pre supuestos, el significado y las consecuencias de la ca lificación de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad asomémonos al Derecho alemán donde por ley ("Kraft Gesetzes") ha de constituirse como "Sicherungshypothek" De acuerdo con el parágrafo 1187 del BGB : "Para el crédito resultante de una obligación al portador, de una letra de cambio o de otro título que pueda transferirse por endoso, sólo puede ser constituida una hipoteca de seguridad. La hipoteca se considera como hipoteca de seguridad aunque en el Registro no esté designada como tal. No se aplica la disposición del párrafo 1154, párrafo 3º. No existe pretensión alguna de cancelación de la hipoteca de acuerdo con los paragra fos 1179 a, 1179b" (2)

La exigencia de determinación del acreedor de la obligación garantizada, recogida en el párrafo 1115, suponía inicialmente un obstáculo a la admisibilidad de estas hipotecas. Para remover este inconveniente se propició, a través de la práctica y la jurisprudencia, su configuración como un tipo de deuda territorial ("Grundschoold") que se cedía en blanco. Se ideó, igualmente, para garantizar empréstitos distribuidos en títulos, una hipoteca inscrita a favor de un Banco u otra persona como fiduciario ("Treuhänder"), si bien limitada tal posibilidad al ámbito de los comerciantes y fundada en el artículo 301 del Código de Comercio.

El Prof. Eickmann (3) señala que el primer proyecto del BGB rechazaba estas hipotecas a favor de tenedores de títulos porque, al parecer, no existía una necesidad práctica para ello ("weil ein praktisches Bedürfnis dafür kaum ersichtlich sei"). La ley para Baden de abril de 1892 fue la primera en regular la "Inhaberhypothek". Le siguió la ley de 18 de marzo de 1896 para Baviera y la ley prusiana de 19 de agosto de 1895, limitada esta última a títulos emitidos por ferrocarriles particulares y pequeñas vías de hierro. Sin embargo, durante las deliberaciones, la segunda comisión redactora del BGB introdujo en el proyecto la figura de la hipoteca para títulos valores ("Inhaberhypothek" o "Wertpapierhypothek") para satisfacer las necesidades de las grandes empresas industriales, así como para a-

segurar los empréstitos públicos ("um den Bedürfnissen industrieller Großunternehmen etc. zur Absicherung von öffentlichen Anleihen entgegenzukommen"). A este objeto se emiten obligaciones al portador, o bien obligaciones mercantiles a la orden endosadas en blanco para eludir con ello la autorización del Estado (795).

La hipoteca cambiaria prevista en el §1187 no puede confundirse con los frecuentes casos en que el crédito se asegura simultáneamente mediante una letra de cambio y una hipoteca (5). Frente a esto las hipotecas que garantizan propiamente el crédito cambiario, son -afirman Baur y Nussbaum (6)- RARISIMAS en la práctica. Como razones de su escasa utilización aduce este autor las siguientes: a) el crédito hipotecario, que implica plazos grandes, difícilmente puede avenirse con el crédito cambiario, que es siempre a plazo corto; b) la incorporación de la hipoteca a los créditos crecidos de un contrato de cambio es más perjudicial que provechosa para el acreedor, puesto que la hipoteca -que POR SU CARACTER DE HIPOTECA DE SEGURIDAD, está llamada a -compartir todas las vicisitudes del crédito- se expone de este modo, a los grandes riesgos que supone el "rigor cambiario" ("formelle Wechselstrenge"); c) las leyes que regulan esta materia no reconocen una forma para registrar directamente sobre el título cambiario la existencia de la hipoteca. Así dice Nussbaum: "Bien puede decirse que la hipoteca cambiaria es uno de esos -conceptos forjados por el Código Civil sin base en la

relidad viva" (7)

Habida cuenta de las anteriores observaciones, en consideración precisamente a la configuración de esta hipoteca en el Derecho alemán como HIPOTECA DE SEGURIDAD y de la PLURALIDAD DE ALTERNATIVAS JURIDICAS dispuestas para esta clase de hipotecas, es comprensible que la duda alimentada en los autores del primer proyecto del BGB se haya visto confirmada por la "praxis" jurídica: la "Inhaberhypothek" -nos dice Eickmann- jamás ha desempeñado un papel alguno de resonancia práctica, habiendo sido reemplazada enteramente por la - "deuda territorial de seguridad" (8) ("Sicherungsgrundschuld"), que, en forma de "deuda territorial fiduciaria" ("Treuhandgrundschuld") viene utilizándose en la actualidad también para garantizar créditos consorciales.

La esencia ("das Wesen") de estas hipotecas tal - como son reguladas en 1187-1189 del BGB es la de constituir UN SUBTIPO de la hipoteca de seguridad ("eine Unterart der Sicherungshypothek" que -A DIFERENCIA DE LA HIPOTECA DE SEGURIDAD CORRIENTE ("gewöhnlichen Sicherungshypothek")- especialmente circulable ("in besonderem Maße umlauffähig), porque se transmite exclusivamente según el derecho sobre títulos valores, de tal manera que el derecho real funciona estrechamente unido al derecho derivado del título ("das dingliche-Recht Witgehend mit dem Recht aus dem Papier verknüpft") (9).

El parágrafo 1187 IMPONE la configuración de hipoteca de seguridad a la hipoteca cambiaria, prescindiendo de la denominación registral ("auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist"). De su primera proposición ("Für die Forderung ... aus einem Wechsel") Se infiere la necesidad de que la hipoteca se constituya DIRECTAMENTE para el crédito cambiario y que se inscriba también EXPRESAMENTE de esta forma (10).

Una visión hiperbólica de este fenómeno ha inducido a Nussbaum -y con él a gran parte de la doctrina- a considerar la hipoteca cambiaria como la forma de hipoteca que más se desvía del tipo normal -más todavía que "la deuda territorial"- y a tenerla, para todo, como elemento ACCESORIO del crédito (11).

El uso que hace Eickman del término "weitgehend" para expresar el tipo de unión ("vernüpft") entre hipoteca y título valor es demostrativo de la exclusión de la "cartularización" o "cambiarización" total de la hipoteca. Esta mantiene un bastión de identidad, apreciable - en el régimen de excepciones.

En efecto, aunque son aplicables las reglas contenidas en los parágrafos 1157 -excepciones contra el derecho real derivadas de la relación jurídica entre propietario y anterior acreedor como oponibles al nuevo acreedor o cesionario- y 1137 -excepciones contra la posición de acreedor del portador como manifestaciones concretas - del principio recogido en el § 1184 ("Una hipoteca puede constituirse de forma que el derecho del acreedor derivado de la hipoteca se determine solamente según el -

crédito ("Sicherungshypothek")), el propio Eikmann re-
conoce la insignificancia de la exclusión de la protec-
ción de terceros frente a dichas excepciones -caracte-
rística de la hipoteca de seguridad- en el caso de es-
tas hipotecas, habida cuenta de la protección de la -
apariencia por obra de la breve fe en los títulos-valo
res: "weil die Regeln des wert papierrechtlichen RECHT-
SSCHEINS DEN REDLICHEN ERWERBER in weitgehendem Umfange
vor forderungshezogenen Einwendungen und Einreden --
schützen"

De todo lo cual cabe inducir importantes derivacio-
nes a favor del rechazo de la configuración de la hipo-
teca cambiaria como hipoteca de seguridad en Derecho es-
pañol:

a) La razón fundamental de la falta de pragmatici-
dad de la hipoteca cambiaria en el Derecho alemán re-
sulta de su configuración como hipoteca de seguridad,
con la consiguientes sujeción a los grandes riesgos -
que supone el "rigor cambiario" ("formelle Wechselstren-
ge") y las múltiples alternativas de figuras utilizables
dentro del tipo de las de seguridad.

b) En el Derecho español no existe el correctivo pre-
visto por el BGB para contrarrestar los efectos de la -
desprotección registral en cuanto al crédito: la deuda -
territorial inmobiliaria como hipoteca de propietario.

c) En el Derecho español, aún tratándose de hipote-
cas ordinarias, se considera como título ejecutivo a -
los efectos del típico procedimiento hipotecario -el ju

dicial sumario de los artículos 130 y ss- la escritura pública. No es, pues, autosuficiente la inscripción para acreditar la existencia del crédito hipotecario a los efectos de la ejecución de la hipoteca. En la hipoteca cambiaria, por el contrario hasta la - certificación registral de su constitución para la ejecución hipotecaria por aplicación del art. 155 de la L.H.

d) El § 1137 del BGB confiere al propietario (constituyente, tercer dador, tercer poseedor), una protección coincidente con la protección cambiaria que se otorga al deudor, esto es, la derivada de la relación obligacional "inter partes". El § 1157, a su vez, se justifica porque "das dingliche Recht seinem Wesen nach scharf geschieden ist von dem obligatorischen Recht" y afecta sólo a las "Einreden des Eigentümers gegen das dingliche Recht aufgrund zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger bestehender schuldrechtlicher Vereinbarungen".(1)

e) La doctrina, parte de una consideración errónea del papel al excluir la hipoteca cambiaria de la protección del art. 144. atribuido a la nominatividad de la inscripción en la hipoteca cambiaria. Se piensa que el tercero que adquiere de alguien que en el Registro aparece todavía con facultades para transmitir (tomador o el primitivo tenedor), aunque ya haya transmitido, no está, pese a ello, protegido. De esto se deriva que la fe pública registral no se extiende al crédito hipotecario cambiario. Se trata de una inversión dogmática. En

realidad, en la hipoteca cambiaria hay una aplicación más intensa del artículo 144 que en la hipoteca ordinaria. En ésta los hechos o convenios modificativos de la obligación hipotecaria llevados a cabo entre el deudor y el cedente no afectan a los terceros adquirentes de derechos reales (beneficiarios de una resposición de rango, o de una liberación parcial de la hipoteca, concertadas con quien figure en el Registro - como titular; dueño de la finca cuya hipoteca cancela pagando a quien figura como acreedor; rematantes o adjudicatarios), pero sí a los cesionarios del crédito cuando no se hizo la notificación de la cesión al deudor ex art. 151 de LH y 176 del Reglamento (13). Por el contrario, en la hipoteca cambiaria no se trata de que tales convenios afecten o no a los terceros adquirentes de derechos reales sino que su constitución a favor de quien sea tenedor de la cambial (más adelante veremos el significado de la nominatividad de la inscripción que no es, desde luego, el de preservar la titularidad hipotecaria a favor de una persona determinada) enerva la buena fe requerida por el artículo 34 para la protección del adquirente. A su vez, en lo que concierne a los terceros cesionarios del crédito hipotecario, la exclusión de la repercusión de aquellos - pactos subsiste aún en caso de faltar la notificación de la cesión al deudor. La excepción la es a los artículos 151 de la LH y 176 del Reglamento, no al 144.

f) La protección a los terceros adquirentes del título cambiario, se explica mediante un principio ge-

general de nuestro ordenamiento jurídico del que la propia fe pública registral no es más que una manifestación: la protección de la apariencia por obra de la buena fe. Protección que no se alcanza con la calificación de la hipoteca cambiaria como hipoteca de seguridad. Recurrir a esta figura residual para explicar aquella y someterla a su disciplina produce resultados injustos para los terceros, a más de constituir un circunloquio inexacto y una ortopedia innecesaria.

g) La letra de cambio es, en nuestro Derecho, un TITULO CAUSAL. Esto nos permite armonizar la fe pública registral y el rigorismo cambiario, compatibilizando la producción de efectos de la hipoteca cambiaria con la nulidad formal del documento, sin violentar por ello ni la ley hipotecaria ni la ley cambiaria. El PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL NEGOCIO JURIDICO ("favor negotti") y la AUSENCIA DE CONSTITUTIVIDAD de la obligación por parte de la letra avalan el mantenimiento de la garantía hipotecaria (14), primando el acto de constitución de la hipoteca sobre la forma de documentación de la obligación. La letra queda reducida a un mero documento probatorio. La obligación garantizada queda suficientemente individualizada por la inscripción DE LA MISMA MANERA que en caso de letra válida. Bien que la letra no podría aportarse como título que lleva aparejada ejecución de no reunir los requisitos que el art. 1429 de la LEC exige (art. 131, regla 3ª párrafo segundo de LH), "se reputará pagará a favor del tomador y a cargo del librador" (art. 450). Para

que se le confiera este valor habrá de figurar la firma del librador, el nombre del tomador y la mención de la cantidad, aunque falten los otros requisitos en el artículo 531. De la expresión legal "a favor del tomador" se deduce su carácter no endosable. Distinta de la letra incompleta o nula a la que falta algunos de los requisitos esenciales del art. 444 es la LETRA EN BLANCO. El deudor que firma una letra de cambio en blanco se compromete a satisfacerla según resulte del texto una vez completado, pues la unidad de acto no es exigida en el artículo 444. Los requisitos de este mencionan para el momento de la presentación al cobro y para la validez de la letra en juicio pero no para su circulación. A nuestro juicio no ha de constituirse necesariamente la hipoteca en garantía de letras en blanco como hipoteca de seguridad o como hipoteca en garantía de obligaciones futuras (1). Esta última forma habrá de adoptarse, sin embargo, en los casos de letras en blanco entregadas a descuento en Banco. No coincide en este caso la "traditio" y la emisión de la letra. Hasta que se realice efectivamente el descuento no se habrá perfeccionado el contrato.

El art. 444 -dice el Prof. Garrigues () no se refiere al nacimiento de la obligación cambiaria. No se trata, pues, de dar validez a una letra en blanco: se trata de dar validez a las obligaciones cambiarias asumidas cuando la letra estaba en blanco. El Anteproyecto de ley Cambiaria prevee en su art. 12: " Cuando una letra de cambio, incompleta en el momento de su

emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor que la haya adquirido de buena fe". En caso de que se garantice con hipoteca ¿pueden dichos acuerdos acceder al Registro?. De hacerse constar quedaría prejuzgado el futuro convenido de la letra por lo que resultara del Registro, y no cabrá alegar buena fe por parte del tercer adquirente. Si bien en ocasiones la casi absoluta falta de datos exigirá, por virtud del principio de especialidad hipotecaria, la constancia de dichos convenios reglamentadores.

h) Precisamente merced al artículo 144 de la LH es posible la CONVERSION de una hipoteca constituida originariamente en garantía de la relación causal en hipoteca cambiaria mediante la sobrevenida emisión de cambiales que documenten aquella relación -lo que habrá de ser contrastado por el Registrador-, el consentimiento del deudor hipotecario y la práctica de un nuevo asiento de inscripción. La conservación del rango hipotecario es justificado por la unidad de causa. El principio de prioridad es matizado por el principio de calificación registral.

.

LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA
Y LA OBLIGACION GARANTIZADA :
LIMITES

- A) ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y ORIGINARIEDAD
DEL CREDITO
- B) LA POSESION EN LA CESION ORDINARIA Y LA
ANOTACION REGISTRAL EN LA CESION POR
ENDOSO
- C) CONSTITUCION UNILATERAL DE HIPOTECA

LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y LA OBLIGACION

GARANTIZADA : LIMITES

El artículo 150 de la Ley Hipotecaria dispone: "Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro".

La particularidad del precepto no radica en que la hipoteca se transmita con el título o la obligación garantizada. Esto no es más que una aplicación concreta de una característica estructural de la hipoteca: Su accesoriidad. La regla de que los derechos accesorios se transmiten con el principal es de carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1528, 1212, 131, regla 8ª de L.H...). En este sentido el indicado precepto nada añade a lo que es común y general. Su especialidad, en cambio, radica en el hecho de contemplar una exigencia y una dispensa: con la obligación o con el título, y sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de inscribir la cesión en el Registro.

ACCESORIEDAD Y ORIGINARIEDAD

Roca Sastre (17) proclama la transmisión automática de la hipoteca con el endose en estos términos: "ésta (la hipoteca) queda transferida como derecho autónomo, esto es, como el mismo crédito cambiario, sin que, por tanto, se trate propiamente de una adquisición de hipoteca por vía de cesión, pues en este supuesto de cesión las excepciones personales inherentes a la hipoteca oponibles al endosante lo serían también al endosatario".

Si el endosatario de una letra de cambio adquiere su derecho "EX NOVO" ¿COMO EXPLICAR LA TRANSMISION DE LA HIPOTECA POR ACCESORIEDAD?

La respuesta cómoda -coincidente con el "modus operandi" de nuestra doctrina- es la de que la hipoteca se constituye EN GARANTIA DE LA CAMBIAL. La hipoteca cambiaria adquiere así perfiles de objetividad. La accesoriidad y la originariedad resultan hermanadas. Esta argumentación es, sin embargo, CONCEPTUALISTICA: se parte de que la hipoteca garantiza la cambial para explicar su circulación con ésta. El resultado es la desconexión entre la hipoteca y su referente institucional: la obligación. Al propio tiempo supone una exaltación de los aspectos reales de la letra de cambio y una apología de la legitimación cartular. La consecuencia extrema -pero inevitable- es la cartularización de la hipoteca.

Una segunda postura es la adoptada por Guglielmucci (18), para quien el adquirente del título cambiario "Se non subentra nella "medesima posizione" del precedente titolare (e per questo la circolazione cartolare non può essere assimilata a quella attuata con la ordinaria cessione) , subentra tuttavia nella titolarità del "MEDESIMO RAPPORTO DI CREDITO", il quale rimane così garantito dall'ipoteca costituita a suo presidio". De esta manera se explica la subsistencia de la garantía a favor del endosatario "siccome (muovo) titolare di quel medesimo rapporto a presidio del quale venne originariamente costituita".

Dabin (19) es más radical : "Rien n'est plus artificiel de prétendre que la lettre de change fait acquérir un droit "prope" et "direct". L'endossement est une véritable cession de créance; elle en a la nature, sinon les effets. L'endosseur transmet SA créance à l'endossataire... Toute autre conception revient à mé-connaître la volonté des parties et... a rendre inexplicable le transfert au porteur des sûretés RÉELLES et personnelles qui garantissent le paiement de la créance cambiariaire".

A mi juicio la explicación correcta del mecanismo de la hipoteca cambiaria resulta de la siguiente observación del Profesor De Castro: "La letra de cambio - constituye una unidad sobre la base de la obligación del librador, pero, fuera de esto, cada obligación tiene vida propia" (20) y "La finalidad del endoso no es, en ningún Derecho, transmitir un crédito del cedente -

al cesionario, sino cambiar el titular de la letra " (21). No hay TRANSMISION DEL CREDITO, sino MODIFICACION DE LA TITULARIDAD DE LA LETRA (22). La atribución de la hipoteca al endosatario se FUNDA en su accesoriedad (23) respecto a la obligación que garantiza y es POSIBLE merced a la unidad de la letra apoyada en la obligación originariamente documentada. La UNIDAD permite la constitución de hipoteca en garantía de TODAS LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS a favor de todo tenedor y contra TODO OBLIGADO CAMBIARIO: La AUTONOMIA posibilita la constitución de hipoteca en garantía de UNA SOLA O DE VARIAS obligaciones cambiarias. Pero, AUN EN ESTE CASO, aquélla unidad explica que la hipoteca -no obstante constituirse en garantía de una determinada obligación y no de todas- surta efecto A FAVOR DE TODO TENEDOR CAMBIARIO, si bien SOLO CONTRA el obligado cambiario quele es en virtud de la obligación garantizada. En este caso, siendo NULA la obligación garantizada, lo es también la hipoteca. Mientras que si se constituye en garantía de todas las obligaciones, la hipoteca SUBSISTE pese a la invalidez de la obligación por la que primigeniamente se constituyó. Asimismo, la oponibilidad de excepciones por un determinado obligado cambiario ENERVERA la acción hipotecaria en el supuesto de garantizar la hipoteca sólo esa obligación y prejuzgará su cancelación. En la hipótesis de haberse garantizado, en cambio, todas las obligaciones la oponibilidad de excepciones por un determinado deudor NO IMPEDIRA el ejercicio de la acción hipotecaria contra los demás obligados cambiarios.

Se aprecia, no obstante, una cierta aminoración (24) de las radicales diferentes existentes entre ambas formas de configurar la hipoteca cambiaria a través de dos catalizadores que actúan conjuntamente: LA CAUSALIDAD y el PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL NEGOCIO en caso de invalidez de la cambial (ya examinado); y la BUENA FE del tercer adquirente del título porque, constituida hipoteca en garantía de una determinada obligación cambiaria, queda recortada la posibilidad de excepciones por el deudor frente a aqueñ. También las excepciones relativas al negocio de constitución de hipoteca y a la validez formal de la inscripción quedan relativizadas por los artículos 34 y 31 de la ley Hipotecaria (25). No cabe duda de la irrelevancia de las llamadas excepciones personales o extraliterales frente al tenedor de buena fe. Piénsese en la simulación que implicaría librar una letra de cambio a favor de un testaferro - para garantizarla con hipoteca e inscribir ésta ganando prioridad ante la conminación de unos embargos. Se ría nula por falta de causa, pero, una vez endosada, el tercer adquirente de buena fe adquiriría válidamente la hipoteca. "Inter partes" bastaría demostrar la condición gratuita para que se presuma el "consilium fraudis" (art. 1297-1º del C.C.), mientras que si el negocio fuera oneroso habría que probarlo en relación al prestador de la garantía y al acreedor garantizado (26)

LA POSESION EN LA CESION ORDINARIA y
LA ANOTACION REGISTRAL EN LA CESION POR ENDOSO

La expresión "con la obligación o con el título" contenido en el artículo 150 ¿que indica?

El precepto se refiere a las "obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador" para agregar a seguido que "el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título". Parece, pues, que la transmisión "con la obligación" va referida a las obligaciones transferibles por endoso y la transmisión "con el título" a los títulos al portador. ¿A cual de estos - peldaños de la nomenclatura legal cabe adscribir la hipoteca cambiaria? Si la razón de la aplicación del precepto a la hipoteca cambiaria fuere esencialmente terminológica -por la vía de la interpretación extensiva- quedaría aquella comprendida por la categoría de obligaciones transferibles por endoso, resultando la transmisibilidad de la hipoteca con la obligación cambiaria abstracción hecha de la tradición del título, lo que supondría una flagrante contradicción con la ley de circulación de la cambial. Hemos, pues, de admitir que la aplicación del precepto en cuestión a la hipoteca cambiaria se verifica a través de la referencia a los títulos al portador y por la vía analógica que impondrá en el caso del documento cambiario, el cumplimiento de su propia ley circulatoria : endoso y tradición del título.

Este inciso segundo del artículo 150 suscita dos órdenes de problemas: el de la determinación de la relevancia de la posición en la cesión ordinaria y el de la determinación en la relación de la cesión por endoso con la ano-

tación registral.

En cuanto al primero, en la cesión ordinaria de un crédito cambiario (27) es discutible el relieve jurídico atribuible a la posesión. Cabe sostener que la notificación al deudor es un requisito innecesario en cuanto inoponible al tercer adquirente del título, y que la posesión, en cambio, será la condición que permita al cesionario recibir un pago que sea liberatorio para el deudor. O bien resolver el conflicto entre varios adquirentes del crédito cambiario haciendo prevalecer la cesión primeramente notificada - al deudor (28).

Como en la transmisión cambiaria por endoso tampoco en la cesión ordinaria es objeto directo del negocio traslativo la hipoteca. Esta se adquiere por su accesoriad para con el crédito. Son plenamente aplicables

los artículos 149 y 151 de la ley Hipotecaria. O sea, otorgamiento de escritura pública, notificación al deudor e inscripción en el Registro. La notificación al deudor no es, en este caso, formalidad discutible, ya que la falta de notificación al deudor haría liberatorio el pago de buena fe al poseedor del documento en caso de no haber sido este entregado al cesionario y sería cancelable el asiento en que se practicó la cesión del crédito hipotecario, de conformidad con el artículo 176 del RH. La autonomía de la hipoteca cambiaria radica, en este aspecto, en el hecho de provenir la oponibilidad de la cesión al tercer adquirente del título de su inscripción en el Registro y en la importancia que, como consecuencia de ello, cobra la notificación al deudor frente a su inutilidad en la cesión del crédito cambiario.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, la determinación de la relación de la cesión por endoso con la anotación registral (29) de la transmisión que el artículo 150 exima de ésta no significa que la proscriba. El endosatario puede promover la constancia registral del endoso mediante nota al margen de la inscripción de hipoteca. Interés legítimo y valor práctico no le faltarán. Además de en el caso ya examinado del embargo, donde puede resolver el conflicto con el anotante a favor del endosatario, resulta la mención registral del endoso condición necesaria para la oponibilidad de la adquisición de la garantía a los terceros interesados en una actividad que afecte a la existencia o a

la subsistencia de la garantía hipotecaria (30). ejecución de hipotecas preferentes, ejecución parcial de una o algunas letras, expropiación forzosa, liberación de la hipoteca por el tercer poseedor...

Admitida la transmisibilidad de la hipoteca con el título no vemos inconveniente en que, si se desea anotar la adquisición de la hipoteca en el Registro, sea título bastante la presentación de la letra por su tenedor legítimo. No tratándose más que de hacer constar el endoso al margen de la inscripción de la hipoteca a los efectos más arriba señalados, ha de considerarse título suficiente el título cambiario.

Se ha afirmado la necesidad de la autenticación de la firma del endosante para el acceso del título cambiario al Registro (31) o la conveniencia de la legitimación notarial de los endosos al objeto de la ejecución hipotecaria (32). Tal exigencia podría venir avalada por el artículo 3 de la ley Hipotecaria que requiere para que un título sea inscribible estar consignado en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Sin embargo, en el caso de la hipoteca cambiaria el Registrador verifica la legitimación del disponente directamente del asiento de inscripción, y no de la autenticidad del acto sobrevenido. El fin de la constancia registral del endoso no es el de legitimar registralmente al endosatario en orden a la disponibilidad de la hipoteca, sino el de obtener el efecto menos altanero de entenderse directamente con los terceros que promueven actos relativos a la existencia o subsistencia de la

hipoteca. Semejante efecto es, para el endosatario inscrito, una actividad puramente pasiva desde el punto de vista registral. Aunque pueda intervenir activamente fuera del Registro, también dispone de tal facultad a pesar de que no figure registrado el endoso, pues de la inscripción de hipoteca resulta legitimado registralmente para el ejercicio de todas las facultades y derechos a ésta concernientes.

CONSTITUCION UNILATERAL DE HIPOTECA CAMBIARIA

A juicio del Prof. Albaladejo (33) -para quien la hipoteca unilateral no es más que una expectativa de hipoteca, que si por ser unilateral no deje de ser ni inscribible ni hipoteca, por no ser bilateral, no es hipoteca desde que se inscribe- no es necesario registrar la aceptación a que se refiere el artículo 141 en el caso de las hipotecas constituídas en garantía de títulos -valores del artículo 154. "En este caso las consecuencias que en el otro produce la registración de la aceptación sola, que tiene lugar al adquirirse los títulos emitidos". Doctrina suscrita por la totalidad de los autores que se han ocupado del tema; con excepción de González Laguna (34). Según este autor "si la aceptación no es necesaria, quierese decir que la hipoteca queda perfecta, lo cual supone la derogación del párrafo 2º del artículo 141, que permite la cancelación de la hipoteca a petición del dueño de la finca y sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó siempre que hayan transcurrido dos meses a contar del requerimiento realizado al efecto y no constará dicha aceptación". Como se desprende del texto el autor se refiere a la registración de la aceptación, no a la aceptación que, aunque forma tácita o de "facta concludentia", nadie niega. Sapena, por su parte, aunque suscribe la doctrina común, reconoce que "pudiera tropezar con el inconveniente de que la hipoteca cambiaria no aceptada sea una hipoteca de propietario prohibida en nuestro De-

recho; o una mera hipoteca ordinaria, ya que no ha surgido todavía la relación cambiaria, por falta de aceptación, y es precisamente cuando ésta se produce, cuando la hipoteca cambiaria nace".

Respecto al problema últimamente apuntado -el de la posible confusión de derechos- estime Manzano Solano (35) que "la posición del librado como deudor cambiario es, o puede ser, accidental; del mismo modo que lo es la posición de acreedor del tenedor" y añade: "el endoso, antes del vencimiento, al librado aceptante no implica confusión de derechos cambiarios" porque la hipoteca cambiaria "constituida en favor de los tenedores presentes y futuros de la cambial garantiza más bien el buen fin de la misma que la posición accidental de acreedor hasta el vencimiento, no puede hablarse con rigor de derecho real en cosa propia o hipoteca de propietario". La misma dificultad -confusión de derechos- en caso de hipoteca constituida por otros obligados cambiarios la solventa este autor recurriendo a la idea de que todo obligado cambiario distinto del librado-aceptante no es un deudor cambiario directo o principal, sino sólo "un responsable subsidiario a virtud del principio de solidaridad cambiaria".

A lo anterior hay que hacer notar:

Por un lado, la concepción extrerregistral de la hipoteca cambiaria que subyace en las anteriores afirmaciones como consecuencia de una inversión de conceptos. Que no es concebible la hipoteca de propietario

se manifiesta precisamente en el hecho de la no inscribibilidad del derecho del tenedor-deudor hipotecario como acreedor hipotecario. La "ratio" antes expuesta para justificar la anotación del endoso al margen de la inscripción de hipoteca cesa en el caso de ser el endosatario deudor hipotecario. Además, por el solo hecho de figurar como propietario-hipotecario en el Registro será, en su caso, requerido en los procedimientos interpuestos.

Por otro lado, el hecho de que la aceptación se entienda producida con la adquisición del título no comporta derogación de los principios básicos de nuestro sistema hipotecario -como acusa González Laguna- e aras de los intereses prácticos. No se incumple el párrafo segundo del artículo 141, sino que se aplica conjuntamente con el artículo 150. De esta aplicación compenetrativa resulta, que en el caso de las hipotecas en garantía de títulos-valores la hipoteca se transmite con el título, sin necesidad de una aceptación expresa.

Sin embargo, la teoría de la aceptación con la adquisición del título es impotente para explicar la situación creada con los endosos de retorno a quien es deudor hipotecario. Resultaría que para evitar la existencia de un "ius in re propria" contradictor del apotegma "nemini res sua servit" - sancionado por la Exposición de Motivos de la ley de 1944- habría que admitir un retorno de la hipoteca -ya adquirida constitutivamente a su estado de gestación primitivo.

A nuestro juicio, por expresarlo con términos de Legaz Lacambra (36), el tenedor no está EN SITUACION DE DARSE FORMA como acreedor hipotecario. Esta es una situación jurídica predeterminada REGISTRALMENTE ("verbuchte Rechtslage") en la que el tenedor SUBENTRA en las mismas condiciones que el titular anterior. Si -como se ha visto- la posesión del título no confiere la titularidad del crédito y la adquisición del derecho real sobre el título es puramente instrumental respecto de la adquisición de la titularidad del crédito; la aprehensión de aquel no puede significar por sí la aceptación de éste del que es accesorio la hipoteca. Hay quien (37) considera el endoso desprovisto de contrato traslativo como suficiente para desempeñar la función de oferta o propuesta de transmisión de la propiedad, en tanto que la posesión por el "accipriens" se considera aceptación. A su vez endoso más posesión por la aceptación de la entrega del documento implicarían un negocio de transmisión. A la aplicación de esta teoría a la hipoteca cambiaria cabe objetar: de una parte, la aprehensión del título por el tenedor, es un estado de atingencia primario, en el que la elementalidad de la situación, la priva de significación más allá de los límites estrictamente posesorios y reduce en grado sumo la libertad para adquirir o repudiar el derecho; de otra, el contrato de transmisión no es el referente de la inscripción de hipoteca a los efectos de la adquisición de ésta, aunque sí sea, fundamentación causal de la transmisión del crédito. Más arriba

concluíamos que lo que importa a la hipoteca cambiaria no es la transmisión del crédito, sino el acto de modificación de la titularidad de la obligación. La correlatividad de situaciones constitutiva del contenido de la relación jurídica no se llena con la aprehensión del título por un tenedor que sea deudor hipotecario. Ahora bien, la situación jurídica concreta en que se encuentra el tercer tenedor-posesión actual- procura la entronización del adquirente del título en la relación jurídica que implica la letra garantizada con hipoteca por ajustarse aquélla a la situación jurídica registral prevista como LADO ACTIVO de la hipoteca. Con esto NO impregnamos a la hipoteca cambiaria de un destino IMPERSONAL -valoración apriorística y abstracta- NI por tanto sustentamos que se constituya DIRECTAMENTE en favor de quien resulte tenedor del título, sino que ponemos de relieve que el adquirente del título subentra, en cuanto a la hipoteca, en la misma posición que el titular precedente (38) cuya legitimación para disponer de la hipoteca se deriva directamente del Registro, no en cuanto designado NOMINATIVAMENTE, sino en cuanto IDENTIFICADO COMO TOMADOR O TENEDOR DE LA LETRA. Por esta razón, la situación no varía en caso de constitución unilateral de la hipoteca. El artículo 156, párrafo sexto contiene una importante disposición a estos efectos: Las hipotecas constituídas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador podrán cancelarse consecuente si

la entidad emisora declara que no han sido puestos en circulación; justifica la declaración con una certificación de su contabilidad expresiva de que no ha habido el ingreso en caja correspondiente al valor de los mismos, y PUBLICA feudos anuncios en el "Boletín Oficial" de la provincia y en un diario, si lo hubiere, de la localidad en que radiquen las fincas y en donde esté domiciliada la Entidad, notificando al público su propósito de solicitar la cancelación". Parajamente el artículo 34 del anteproyecto de Ley Cambiaria prevee: "Cuando el librado tuviere en su poder la letra para su aceptación, la aceptaré y antes de devolverla tacharé o cancelaré la aceptación, se considerará que la letra no ha sido aceptada... Esto no obstante, si el librado hubiese notificado su aceptación por escrito al tenedor o a cualquier firmante de la letra, quedará obligado frente a éstos en los términos de su aceptación". Existe una importante diferencia de matiz entre ambos preceptos. El primero salvaguarda los derechos de terceros adornando el desistimiento unilateral por el emitente de una serie de garantías, de donde se reconoce por la ley la protección del derecho de adquisición de los terceros desde la inscripción (39). El segundo, en cambio, solo restringe la eficacia del mero desistimiento en caso de haber mediado notificación de la aceptación al tenedor u otro firmante. Parece, pues, sancionar la emisión ("antes de devolverla") del título como momento perfectivo de su declaración

- -

cambiaría: hasta que el documento no haya sido entregado puede revocar la declaración en él contenida.

¿Qué ocurrirá con la hipoteca constituida en garantía de un título cambiario que después de inscrita aquélla no se pone en circulación? Tratándose de hipoteca de constitución bilateral es claro el derecho del acreedor a compeler al librador o emitente al cumplimiento de la "traditio" en mitad del vínculo obligacional. En caso de hipoteca constituida unilateralmente -o incluso si siendo bilateral es la letra girada a la propia orden- ¿podrá el librador o emitente solicitar la cancelación de hipoteca mediante la simple declaración de no haber sido puestas en circulación?. Sólo cabe tal cosa si se acompañan las letras. Esta exigencia vendría a cumplir la función de garantía correspondiente a las fórmulas de justificación y publicidad previstas en el art. 156, párrafo sexto. Y con ello reconoceríamos igualmente el nacimiento desde la inscripción del derecho de adquisición de la hipoteca del tenedor y la eficacia creadora y vinculante con reserva de rango de la declaración de voluntad del constituyente. Naturalmente esta misma conformación de la hipoteca como derecho real de formación sucesiva es aplicable "a fortiori" a las hipotecas bilaterales inscritas sin ponerse en circulación los títulos. De ellas nace un derecho que da la posibilidad de actuar sobre una situación jurídica EXISTENTE mediante el ACTO DE ADQUISICION DEL TITULO. La inscribibilidad de

un derecho real potestativo está fuera de toda duda (arts. 7 y 14 del RH, Res. de 7 de noviembre de 1978 sobre derecho de opción). Y la exigibilidad de su cumplimiento en forma específica (entrega de las letras) también (SS. 7 de febrero de 1966, 28 de Junio de 1974...). De esta manera el hecho de constituir hipoteca en garantía de una letra viene a condicionar la ilimitada libertad de renovación del emitente con anterioridad a su entrega. A su vez, la adquisición del título se perfila como acto transformador de la realidad jurídica registrada. En este caso de falta de emisión del título, la hipoteca cambiaría completa su circuito de formación constitutiva con el acto de adquisición del título, no con el acto de modificación de la titularidad. La proposición normativa abstracta y objetiva del artículo 141 -contemplativa de un hecho dinámico- deja paso a la situación jurídica concreta -posesión actual- que integra la situación jurídica registral. Siendo así que en la hipótesis normal (títulos en circulación o, al menos, entregados) la relación jurídica en que el tenedor se halla respecto de la letra garantizada con hipoteca se integra con la situación jurídica registral de la que el tenedor aparece facultado para el ejercicio del derecho hipotecario. Se trata, pues, de una alteración cronológica o de orden de disposición de las componentes de la titularidad, de ningún modo de una variación sustantiva en el esquema de ésta.

LEGITIMACION REGISTRAL

Según Stampa (40) "el problema que entraña la hipoteca cambiaria es el mismo de de toda hipoteca de seguridad: la aplicación de un procedimiento que supla, con claridad y certeza, la falta de los datos necesarios para la exigencia de la hipoteca que no están amparados por la fe pública, ni por la legitimación cartular". Las discrepancias doctrinales surgen aquí en torno a la manera de redactar la fórmula constitutiva de la hipoteca. Roca Sastre sustenta que la inscripción deberá hacerse a favor del tomador o del actual tenedor, que se determinará nominativamente, y del titular o titulares futuros. Sapena suscribe esta proposición. Para González Laguna que sigue a Mariani, si la hipoteca se constituyó en garantía de una letra ya emitida garantizará al que a la sazón sea endosatario y a los endosatarios sucesivos, pero no de tomador o endosatarios anteriores, ya que frente a éstos no será obligado en vía de regreso. Cano Fernández, con solución de tipo práctico, se inclina por admitir la constitución a favor de los tenedores presentes o fu-

tueros de las letras, sin perjuicio de que cuando la hipoteca se constituya por el librador en letra no a la orden o por las demás personas que garanticen las letras, se exprese que quede constituida a favor del acreedor nominativo y de los futuros tenedores legítimos de las mismas.

En el fondo de todas estas proposiciones subyace un concepto inequívoco de hipoteca cambiaria que es el - propuesto por Peña Bernaldo de Quiros (41) hipoteca - por la que se garantice la EFECTIVIDAD de determinada letra de cambio CUALQUIERA QUE SEA SU TENEDOR. Concepto que asume y fija la propia DGR y N en resolución de 2 de Septiembre de 1983: "Considerando que el preámbulo de la mencionada nota señala como defecto el no haberse establecido en la escritura calificada en favor de quien se constituye la hipoteca, y una lectura denida del mencionado título revela en efecto que no aparece expresamente designado el acreedor hipotecario, - si bien, del examen de las cláusulas que regulan la garantía pactada se deduce tácitamente que puede al me - nos serlo el tenedor de las letras de cambio en el mo - mento en que se ha otorgado la escritura;

Considerando que ello no obstante, hay que estimar insuficientemente designada en la escritura la persona de acreedor, pues para la posibilidad de transmisión - mediante la cláusula de endoso de los títulos garanti - zados con hipoteca, siempre puede subsistir la duda de

si la intención de las partes era constituir exclusiva mente la hipoteca a favor de este primer tenedor o tam bién como parece lo más probable a favor de los futu - ros tenedores de la obligación, y en todo caso, al cum plir con este requisito quedaría desvanecida la duda - de si la hipoteca se constituyó sobre el crédito que - garantizan las cambiales o se trata de una hipoteca - cambiaria;

Considerando que el artículo 154 de la Ley Hipoteca ria al regular la constitución de hipotecas para garan tizar títulos transmisibles por endoso o al portador - no lo regula en forma completa, como ya han puesto de manifiesto diversas resoluciones de este Centro, pero entre sus requisitos exige cuando los títulos emitidos sean al portador la constancia expresa de la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las o - bligaciones, y esta circunstancia es asimismo aplica - ble al otro supuesto dado que en este aspecto hay un i déntico fundamento.

Considerando por último y en cuanto al defecto pri - mero de no haberse hecho constar en la escritura como dato de identificación de las cambiables el del lugar de pago de las mismas, no parece deba tomarse en cuen - ta dado que las letras aparecen suficientemente identi ficadas al expresarse su clase y numeración, su impor - te, vencimiento, librador y personas que las aceptaron, lo que permite conocer en todo momento las que han si - do objeto de la garantía por parte de los posibles ad - quirentes futuros de la finca gravada.

Carece de una argumentación sólida la eliminación del concepto de hipoteca cambiaria en los casos en que se constituya la hipoteca a FAVOR DE UN UNICO TENEDOR. Se nos antojan dos posibles obstáculos a la admisión de una tal restricción:

a) Razón externa: la limitación de las prohibiciones de disponer contenida en el artículo 27 de la LH. Pero no se trata aquí de prohibir toda transferencia de la hipoteca sino sólo de eludir su transmisión por endoso. Lo cual, por lo demás, está permitido por el artículo 466 del C. de C. a cuyo tenedor: "No podrán endosarse las letras no expedidas a la orden" "y si, no obstante, se hiciera el endoso, no tendría éste otra fuerza que la de una simple cesión". Igualmente el anteproyecto de ley Cambiaria en su artículo 14 párrafo 2º dispone: "Cuando el librador haya escrito en la letra de cambio las palabras "no a la orden", o una expresión equivalente, el título no será transmisible sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria" y el art. 18, párrafo 2º prevee: "El endosante puede prohibir un nuevo endoso. En este caso, no responderá frente a las personas a quienes ulteriormente se endosare". Siendo la hipoteca un mero accesorio del crédito cambiario ha de sujetarse a las posibles restricciones a la transmisión de éste.

b) Razón intrínseca. La posible razón intrínseca a la hipoteca cambiaria no lo es propiamente de ésta sino de una determinada concepción -objetiva, cartular, impersonal- de ella que es la que combatimos en este estudio. Las mencionadas fórmulas de restricción a la trans-

misibilidad no interceptan el nervio cambiario de la hipoteca, precisamente porque la hipoteca cambiaria no se aferra al modo de circulación del crédito, sino al hecho de la modificación de su titularidad, pese al cual conserva el adquirente el derecho hipotecario merced a la accesoriedad de la hipoteca. Tampoco supondría una asimilación de la hipoteca cambiaria a la hipoteca en garantía de la relación subyacente. Aquélla depende del crédito cambiario, de sus vicisitudes, subsistencia, nulidad... y garantiza la acción cambiaria. Esta se extingue con la extinción del crédito causal y es totalmente ajena al hecho y al juicio cambiario (42)

CRITERIO QUE SE PROFESA

La cuestión central de la hipoteca cambiaria NO es su constitución A FAVOR DE TODO TENEDOR SINO EN GARANTIA DE UNA OBLIGACION CAMBIARIA. El verdadero problema de claridad en la inscripción está relacionado con la obligación que se garantice. La hipoteca constituida en garantía de una sola de las obligaciones cambiarias NO se caracteriza por su RESTRICCION A UN UNICO TENEDOR, SINO por quedar circunscrita la acción hipotecaria contra un UNICO OBLIGADO CAMBIARIO, con las importantes consecuencias señaladas respecto a la NULIDAD de la hipoteca y a la OPONIBILIDAD DE EXCEPCIONES. Ahora bien, LA BUENA FE del adquirente -no la solidaridad de la obligación cambiaria (43)- desempeña una función de ATENUACION de estas diferencias por cuanto aún en el caso de haberse garantizado una sola obligación la

oponibilidad de ésta por el deudor sucumbe ante la buena fe del tercer adquirente.

NO HAY, pues, CORRESPECTIVIDAD en la hipoteca cambiaria entre el CAMPO DE REFERENCIA OBJETIVO (obligación) y EL SUBJETIVO ACTIVO (tenedor), de la misma manera que ha sido estudiado para la obligación el efecto asimétrico entre los términos subjetivos y los intereses satisfactivos. La asimetría estructural de la hipoteca cambiaria es respaldada por el REGISTRO y se funda en la AUTONOMIA PRIVADA. La de la obligación cambiaria deriva de su composición de FORMA Y ACTO y se funda en la BUENA FE. CON LA INSCRIPCION no hay fisión, sino FUSION entre ambas. La LEGITIMACION PARA CANCELAR no est'a subordinada al consentimiento del acreedor satisfecho sino al hecho extintivo del pago o al decaimiento de la forma en los términos examinados. Al propio tiempo la LEGITIMACION PARA DISPONER de la hipoteca derivada DIRECTAMENTE de la forma en que se haya efectuado la inscripción del acto de constitución de la misma. La transmisión de la letra tiene por objeto la transferencia (acto) de la titularidad (forma) de la letra de la que resulta una apariencia de titularidad del crédito. En el Registro, empero, figura algo más que una mera forma documental. DEL ASIENTO DE INSCRIPCION AFLORA LA OBLIGACION QUE DA SU SER A LA LETRA. LA OBLIGACION opera así COMO CONDICIONANTE REGISTRAL DE LAS VICISITUDES CAMBIARIAS. A su vez, la TRANSMISION DEL CREDITO HIPOTECARIO - NO PROVIENE DE LA TRANSMISION DEL DERECHO de crédito cambiario -entendida por lo demás, esta expresión ajustada al análisis efectuado en el Título anterior- SINO DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA EN LOS TERMINOS RESULTANTES

DEL REGISTRO. Lo importante no es el PROCEDIMIENTO de circulación cambiaria sino el ACTO DE MODIFICACION DE LA TITULARIDAD DEL REFERENTE HIPOTECARIO SEGUN CONSTA ESTE EN EL REGISTRO. La influencia se opera "AD INTRA", NO "AD - EXTRA". En la ESTATICA de la inscripción, NO en la DINAMICA del título.

Dada la importancia de la extensión del campo de referencia objetivo de la hipoteca, NO CABE PRESUMIR SU EXTENSION A TODAS LAS OBLIGACIONES CAMBIARIAS POR EL SOLO HECHO DE SER ESTAS SOLIDARIAS. No sólo por el "INTUITUS PERSONALE" que caracteriza a toda garantía -y no sólo a las personales- en la relación entre el GARANTE y el DEUDOR, sino por el PRINCIPIO DE LA MENOR ONEROSIDAD de las prestaciones. Este es evidente en el caso de TERCER CONSTITUYENTE de hipoteca, que no sea obligado cambiario. - Hay entonces una garantía de deuda ajena cuyo carácter gratuito ha de presumirse y al que es de cabal aplicación el artículo 1289 del Código Civil : "Cuando absolutamente fuese imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del Contrato, y éste fuese gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses". No hay, a nuestro juicio, inconveniente para aplicarlo al SENO DE LOS OBLIGADOS -- CAMBIARIOS. La hipoteca constituida por un obligado en garantía de todas las obligaciones cambiarias es -en cuanto a las obligaciones distintas de la propia- un acto gratuito. No constituye obstáculo para esta tesis la solidaridad cambiaria. La EXCLUSIVIDAD DE INTERESES característica de esta modifica la función, la disciplina

y la estructura de la solidaridad común. Lo que se echa de ver en el hecho de que los actos o convenios (novación, remisión, compensación, confusión, renuncia) modificativos de la obligación diversos del cumplimiento operan unidireccionalmente y por el entero débito. La exclusividad del interés preconstituye la exclusividad de los efectos de tales actos, incompatible con el regreso "pro cuota". Se trata de una solidaridad pasiva desigual compuesta en parte por reglas propias -aunque no exclusivas- de la fianza y en parte por reglas propias de la obligación parciaria-solidaria (44)

Las mismas razones han de ponderarse a la hora de atribuir al POSEEDOR INTERMEDIO del título LEGITIMACION PARA CANCELAR LA HIPOTECA. La doctrina (45) le niega esta facultad por entender que la hipoteca no se constituye - en garantía o a favor de ningún acreedor particular; si así fuera -se dice- más que hipoteca cambiaria, debiera hablarse de aval hipotecario. No se tiene en cuenta la asimetría más arriba señalada entre el referente objetivo y el subjetivo de la hipoteca cambiaria. Además, el aval es una declaración cambiaria de constitución cartular, concepto extraño a la hipoteca. Por otra parte, el aval concebido en términos generales garantiza el buen fin de la letra. En fin, no se constituye aval en favor de una persona determinada -acreedor en particular- sino a favor de aquel que se dirija contra la persona avalada. Si tenemos en cuenta el EFECTO OBLIGATORIO que genera el endoso (obligación de garantía) y el carácter SOLIDARIO desigual que caracteriza la garantía asumida por el endosante obtendremos los presupuestos necesarios para elucidar el tema de la legitimación del tenedor intermedio

para cancelar la hipoteca antes de que se verifique el pago de la letra. El artículo 1852 del Código Civil - dispone: "Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho - del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, HIPOTECAS y privilegios del mismo". La exclusi - vidad de interés de la solidaridad cambiaria se compara con la legitimidad del interés del endosante en - el mantenimiento de la garantía que también cubre su obligación de regreso. La ley tutela ese interés libe - rándole de la obligación de regreso en el caso de que por un hecho del endosatario se pierda la garantía. Esta es la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a todos los obligados de regreso anteriores a la cancelación de la hipoteca y posteriores a su constitución. La composición de intereses en juego queda total - mente asegurada con esta medida sin necesidad de pri - var al endosatario de un legítimo poder cancelatorio - ni de desvirtuar la hipoteca cambiaria apegándola al - hecho objetivo del pago de la letra y transvasándola - a una estructura impersonal y cartular. Con la cons - trucción propuesta, por el contrario, reciclamos la O- - BLIGACION cambiaria a su justo puesto de REFERENTE de la hipoteca, independizamos ésta -en la medida de su - AUTONOMIA FUNCIONAL- de la vicisitud fáctica del pago de la cambial y le devolvemos su sentido REGISTRAL.

Cancelada la hipoteca y no vencido aún el título - cambiario, PROSEGUIRA ESTE SU VIDA CIRCULATORIA. Como quiera que el artículo 154, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria impera la constación mediante nota en el título de "la fecha y Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de su inscripción" la letra de cambio continuará investida -sin que aún prejuzguemos el valor de la expresión- visiblemente de la garantía hipotecaria y, por ende, inducir a error a los terceros adquirentes del título. A nuestro juicio, el espíritu del precepto y los intereses en juego han de sobreponerse a la literalidad de la expresión "inscripción" y exigir la extensión de una nota de similares características (escritura pública o instancia legitimada en que se consiente la cancelación y asiento de cancelación) expresiva de la cancelación de la hipoteca. En estos casos de letras AUN NO VENCIDAS NO será APLICABLE a la hipoteca cambiaria la expresión "figurada" de inutilización del título en la escritura de cancelación de hipoteca en garantía de títulos endosables prevista por el párrafo primero del art. 156 para la cancelación de hipotecas. La razonada exigencia de extender una nota de cancelación en el título, hace ineludible la presentación física del título e inadecuada la simbolizada.

LA NOTA EN EL TITULO

Respecto al valor que se atribuye a la nota en el título (art. 154, párrafo 3) en relación con la hipoteca ha sido en la doctrina italiana donde más extensamente se ha abordado el tema. Unos (Giannattasio, de Marchi, De Semo, Gallo) consideran que no es una formalidad esencial, por lo que, pese a su omisión, la hipoteca se transfiere a los sucesivos portadores de la cambial. Otros (Libertini, Angeloni, Tarzia) sostienen que aunque no es necesaria para la válida -- constitución de hipoteca en favor del inmediato beneficiario, impide que la hipoteca "non annotata" pueda transmitirse al endosatario de la letra. Un tercer sector doctrinal (Pavone, Gorla, Ascarelli) estima que es "elemento della fattispecie costitutiva - dell'ipoteca". Así la considera también la jurisprudencia (Sentencias Cass. 30 de enero de 1976, 10 de mayo de 1978...) entendiendo que tal nota ha de considerarse "posta sullo stesso piano dell'iscrizione": no sólo es necesaria para que la hipoteca pueda transmitirse por endoso, sino que constituye, como la inscripción, un elemento constitutivo de la hipoteca misma. (46)

Para calibrar el valor jurídico de esta nota hay que tener en consideración su indudable interés práctico, a saber, evitar las cancelaciones abusivas por personas no legitimadas que ostenten un título -creado "ad hoc"- de idéntico contenido. Se trata entonces de determinar el grado de fungibilidad de la nota como precedente para evitar tales fraudes. ¿Se obtiene el mismo resultado con la identificación de las cambiales en el Registro? Evidentemente no. En primer lugar, porque no todas sus características han de acceder a este (sic: Res. sept. 1983). En segundo término, porque aún así, no se lograría la prueba irrefutable de que la cambial confrontada con los datos del asiento sea justamente aquélla en cuya garantía se constituyó la hipoteca. La simple posesión del documento se revela, por otra parte, insuficiente para determinar al acreedor hipotecario.

Resulta difícil y arriesgado hacer una valoración del criterio legal en torno a un requisito de una figura que ni siquiera parece regulado directamente para ella. No obstante, tratando de armonizar la cautela que debe presidir el tratamiento de la hipoteca cambiaria: con los intereses en juego nos atrevemos a formular las siguientes observaciones:

a) No creemos que pueda considerarse requisito jurídicamente constitutivo de la hipoteca cambiaria ni de su rango.

b) Tampoco estimamos posible entender que la extensión de la nota en el título constituye una declaración cartular que incorpore la hipoteca a la literalidad cambiaria. Esto es de gran relevancia, pues, en otro caso, el tercer adquirente del título anotado adquiriría la hipoteca aunque se hubiere practicado con anterioridad el asiento de cancelación.

c) La extensión de la nota en el título por el Registrador no supondría extensión de una fe pública registral de que sin ella, adoleciera (47) .

d) No es correcta la opinión (48) que se basa en ser la inscripción un procedimiento de tutela de los bienes inmuebles para negar a la nota el carácter complementario de la inscripción. El tráfico inmobiliario no se concreta a los inmuebles sino que abarca también los derechos reales sobre ellos constituídos. No será fútil el interés del propietario del bien, del tercer adquirente y de los acreedores en torno a la certeza de qué letras se hayan garantizadas con hipotecas. Ni baladí el del endosatario que, ante la ausencia de nota, habría

de recurrir a la publicidad formal del Registro para asegurarse de la existencia o subsistencia de la hipoteca. Situación que, al repetirse a cada endoso, acabaría por entorpecer el tráfico ágil de la cambial.

A nuestro juicio la nota de la hipoteca en el título es de algo más que una forma certificativa (49) ya que en ella están interesados los sujetos implicados en el tráfico jurídico. Cabe atribuirle dos funciones:

a) La función de "horos"(50) identificador de la letra. Esta faceta desempeña el cometido físico de individualización y fijación de las letras garantizadas con hipoteca. Es desarrollada externamente. Constituye la razón práctica de su existencia.

b) La función "tabular", comunicativa. Es una "relatio" a la inscripción, no un momento del procedimiento registral. La inscripción es completa; la nota comunica esa complitud.

En la letra de cambio hay dos órdenes de cosas -derecho y documento- conectados entre sí. La naturaleza de esta conexión cosa-concepto trascienden los niveles que cada uno de esos elementos ocupan en su propio orden. "Inter partes" hay una contemplación semántica del título como "imago iuris", una conexión externa consistente en una correspondencia. Frente a terceros

hay una aprehensión del valor que suscita la conexión en relación con otros elementos del sistema; una conexión interna, por mor de la buena fe, en el seno del sistema: La identidad. Es posible así una configuración sintáctica del título-valor como "signum iuris". La nota expresiva de la hipoteca, en el título, en cambio, no tiene entidad para suscitar esa conexión en favor de los terceros. No forma parte del referente, ni asume sus propiedades. Por otra parte tampoco es ella misma "pars" de la cartularidad. Se inserta en ésta para hacer visible su referente y al propio tiempo, señala el objeto de éste. Es esta última una función de signo que propicia una información directa. Aquélla, por el contrario, es un indicio expresivo de una información mediada, aunque dotado de contigüidad lógica. Otra cosa ocurría con la hipoteca cambiaria descrita por Joannes Baptista Catavius, en la que la expresión de la hipoteca en la letra tenía un valor constitutivo: "nisi id in suscriptione expressum fit". La evolución histórica ha interpuesto entre la letra de cambio y la hipoteca un sistema de publicidad más perfecto.

En conclusión, la nota en el título no forma parte de la inscripción de hipoteca y, por tanto, no es constitutiva. Pero forma parte de una publicidad de la hipoteca prevista por la ley como medio de identificación inequívoca del título garantizado. Y en este sentido es un requisito NECESARIO para el efecto INSTITUCIONAL de la hipoteca cambiaria tanto frente a terceros como "inter partes".

¿Quién deberá extender la nota en el título?

El párrafo tercero del artículo 154 establece como contenido de la nota la referencia a los datos de la escritura y de la inscripción. Así lo postula también la doble finalidad que la hemos señalado. La resolución de 26 de octubre de 1973 afirma la necesidad de "expresar (en cada una de las letras de cambio) los datos de constitución de la hipoteca bajo la fe notarial". Si por datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial". Si por datos de constitución de la hipoteca entendemos los de la escritura no se daría cabal cumplimiento al art. 154. Si por el contrario, son datos comprensivos de la inscripción resultará que una vez practicada ésta deben ser llevadas la escritura y las letras a una Notaría para que el fedatario extienda la nota o diligencia alusiva a los susodichos datos.

En la práctica, sin embargo, se vienen extendiendo tales notas por los Notarios (51) con anterioridad a la inscripción o independientemente de ella. Camino que -como se ha señalado (52)- es peligroso e inseguro. Basta pensar en los endosos que pueden producirse -y de hecho se producen- "medio tempore" entre la autorización de la escritura de hipoteca y la fecha de su presentación en el Registro. He ahí la letra en plena circulación con una diligencia, bajo fe notarial, de que se ha otorgado escritura de hipoteca en su garantía. No queda claro que esté pendiente de calificación, que puede ser suspensiva o denegatoria. Por

esto se ha propuesto la extensión por el Registrador a continuación de aquella diligencia notarial, de una nota firmada recogiendo los datos de la inscripción. Creemos, no obstante, que la inserción de una única nota por el Registrador simplificará las cosas, estaría más a tono con la naturaleza de la mención, se daría exacto cumplimiento al precepto y, sobre todo, coadyuvaría a evitar el injustificado desapego del Registro que padece la letra de cambio en buena parte imputable a la errónea doctrina de su extrarregistralidad.

Por lo mismo, han de presentarse las letras junto con la escritura de hipoteca en el Registro. No sólo por razón de la nota sino en aplicación del principio de exactitud registral en combinación con la particularidad de constituirse la hipoteca cambiaria a favor de quien sea poseedor ACTUAL -si bien nominativamente designado. Las vicisitudes operadas en la letra en el período de tiempo existente entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción pueden originar una discordancia inicial entre la situación jurídica real ("wahre Rechtslage") y la situación jurídica registral ("verbuchte Rechtslage") evitable. Si el acreedor hipotecario según la escritura endosó la letra antes de la inscripción ésta debe practicarse a favor de quien sea tenedor al tiempo de la inscripción. Es evidente que la exigencia de presentar las letras de cambio al Registro no podemos basarla en el hecho de derivar la legitimación de la hipoteca cambiaria de la inscripción, pues se trata de una primera inscripción. Pen-

amos, sin embargo, que siendo cierta -dogmática y prácticamente, según creemos haber demostrado- la inmediata derivación registral de esa legitimación, está fundada su exigencia.

A este respecto, la Ordenanza Inmobiliaria alemana (GBO) contiene una disposición básica para los aspectos registrales de la hipoteca cambiaria. Artículo 43: "Las inscripciones en el caso de una hipoteca que garantice un crédito derivado de un título al portador, de una letra de cambio u otro título transmisible por endoso se practicarán sólo cuando se presente el documento; la inscripción se hará constar en el mismo".

Abriga este precepto dos cuestiones distintas, aunque indisolublemente relacionadas entre sí: Una, relativa a la presentación de la letra de cambio en el Registro de la Propiedad; referente a la anotación que habrá de practicar el Registrador en el título expresiva de estar éste garantizado con hipoteca.

Se ha planteado una controversia entre los posibles alemanes que se remonta a la Ordenanza Inmobiliaria de 24 de marzo de 1879, que en un artículo 44 empleó la misma fórmula que la nueva redacción dada a la Ordenanza por ley de 5 de Agosto de 1935 ha mantenido en el texto actual (art. 43). De acuerdo con la opinión mayoritaria el título valor debe ser presentado ante el Registro para la primera inscripción. Disiente el Prof. Eickmann, para quien semejante criterio no tiene en cuenta la redacción de dicha Ordenanza, que

entiende, bajo la denominación de "inscripciones en caso de hipoteca", siempre las inscripciones consecutivas, pero nunca la primera inscripción. Para éste no es necesaria la presentación del documento (53).

Entendemos que el problema está mal enfocado y debe de reconducirse a nuestro planteamiento inicial, a saber, presentación del título y anotación en éste de la hipoteca. Una cosa es que sea necesario presentar el título para la inscripción de la hipoteca y otra que sea necesario presentar el título para la anotación en él de la hipoteca. Al configurarse estas hipotecas como hipotecas de seguridad por imperativo legal, y su característica de estas la exclusión de protección registral al crédito garantizado, serán suficientes los datos que de éste se consignen en la escritura de hipoteca para que éste pueda ser inscrita sin hacer padecer con ello al "Bestimmtheits-Grundsatz" o, en su versión latinizada, "Specialitätsprinzip" ¿Con que fin se presentará entonces el título valor en el Registro?. La razón de su presentación no puede ser otra que la de posibilitar físicamente al Registrador la extensión de la anotación de inscripción de hipoteca en el mismo título. Ahora bien, aunque esta anotación presuponga una inscripción ya practicada, ello no quiere decir que el título no deba presentarse en el Registro al constituirse la hipoteca para hacer constar en él, de oficio, esa primera inscripción, una vez practicada.

Planteada la cuestión en estos términos, la presentación de la letra de cambio en el Registro, en caso de primera inscripción, no constituye un requisito previo a ésta, sino que tiene un valor instrumental, y necesario, para la práctica de la anotación de inscripción en el mismo título. En cambio, en las sucesivas inscripciones, la presentación de la letra será una "conditio sine qua non" para inscribir la transmisión de la hipoteca al endosatario, pues -como hemos visto- sólo mediante la tenencia de la letra endosada puede el adquirente solicitar la inscripción a su nombre.

Con esta postura, no defendemos el caracter constitutivo de la anotación de la inscripción en la letra para el Derecho alemán, pero sí exponemos un criterio que evita que el último inciso del art. 43 de la GBO ("La inscripción se hará constar en el mismo") muera de inanición.

La bondad de esta tesis viene corroborada por el hecho de que el artículo 43 en su párrafo segundo excluye la aplicación de la disposición contenida en el párrafo primero cuando la inscripción deba practicarse en virtud del consentimiento dado por un representante nombrado según el 1189. Es indudable el carácter funcionalmente equivalente a las anteriores exigencias (del párrafo 1º) que el precepto atribuye al nombramiento de este representante cuya finalidad es -como veremos inmediatamente- coordinar el ejercicio de los derechos del propietario-deudor, del tercer

adquirente del fondo y de los acreedores-atenedores del título. A salvo la coordinación entre el título y la hipoteca, pierde su interés la anotación. Queda así reemplazada la conexión objetiva por una coordinación subjetiva de mayor espectro.

¿Qué sentido tiene la nominatividad de la inscripción en la hipoteca cambiaria?

El Código Civil italiano (art. 2845) le atribuye sentido como legitimación pasiva a los efectos de recibir las citaciones y notificaciones oportunas (caso de procedimiento de expropiación forzosa, purgación de gravámenes...). Es entendida por la doctrina italiana no como atribución de una cierta disponibilidad de la hipoteca por parte del acreedor inscrito y con independencia de la posesión del título, sino a modo de "provocatio" para que el acreedor inscrito comunique al tenedor legitimado la interposición del procedimiento a los efectos de que éste se persone con él. "Esta solución -ha dicho Roca Sastre- es la única racionalmente posible, si bien no nos parece del todo satisfactoria".

Ante esto hemos de hacer notar:

- a) La indicación nominativa del acreedor, en el caso de constitución bilateral de la hipoteca, servirá no sólo a los efectos de la legitimación pasiva señalada, sino también para individualizar la obligación garantizada cuando el constituyente de la

hipoteca sea un tercer dador no obligado cambiario.

- b) Que no constituye obstáculo a los efectos de la legitimación pasiva la doctrina del Tribunal Constitucional (S. 31 de marzo y 23 de julio de 1981, 14 de junio y 20 de octubre de 1982 y 23 de marzo de 1983) en torno al artículo 24 de la Constitución y a la exigencia de emplazamiento personal a los interesados en el procedimiento para que sea operativa la tutela jurisdiccional, por no ser los procedimientos que den lugar a las citaciones de naturaleza contenciosa.
- c) No es el único procedimiento posible de resolver los problemas relativos a la legitimación pasiva. Tampoco el más idóneo, pues el acreedor primitivo, una vez endosado el título puede desentenderse de las gestiones relativas a la comunicación, localización ... de los legítimos tenedores. A estos efectos es mucho más segura y fructífera la figura del Derecho alemán del representante para la hipoteca prevista específicamente con relación a este tipo de hipotecas.

LA FIGURA DEL "GRUNDBUCHVERTRETER" COMO
REPRESENTANTE PARA LA HIPOTECA CAMBIARIA

Consideración aparte merece, por su interés dogmático y por su posible pragmaticidad, el nombramiento de un representante ante el Registro de la Propiedad. Aunque sea más frecuente su designación en las emisiones de títulos en masa garantizados con hipoteca, no debemos despreciar el recurso a esta figura, rebosante de posibilidades prestacionales, para la hipoteca cambiaria. Su constitución para ésta se halla fuera de toda duda en la frase inicial del precepto que lo regula - ("Bei ener Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art...")

1189: "En una hipoteca de clase señalada en el - parágrafo 1187 puede ser nombrado un representante para quien en cada momento sea acreedor, con la facultad de adoptar determinadas disposiciones sobre la hipoteca con eficacia a favor y en contra de todo acreedor - posterior y de representar al acreedor para hacer valer la hipoteca. Para el nombramiento del representante es necesaria la inscripción en el Registro.

Si el propietario está autorizado a exigir del acreedor una disposición para la cual está facultado el representante, dicho propietario puede exi-

gir del representante la disposición."(54)

Es ésta una figura sugestiva y de contornos difíciles de delimitar. Por una parte, la ley no concreta su contenido; por otra, hay toda una pléyade de figuras - afines que dificultan su delineación jurídica: el representante de que trata la Ley de Bancos de hipotecas de 4 de diciembre de 1899, modificada por las leyes de 14 de abril de 1914 y 20 de julio de 1933, que, configurado por un amplio sector doctrinal como simple mandatario de las autoridades inspectoras, a lo que se opone Staudinger, tiene facultades representativas también con relación al crédito, y no sólo para la hipoteca; el "Versammlungsvertreter" o representante de la asamblea o junta de acreedores, semejante al Comisario de obligacionistas del Derecho español, y que se diferencia del representante ante el Registro de la Propiedad por el origen de su nombramiento, en junta de acreedores, por su fin, sirve sólo los intereses de los acreedores, y porque no puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad; el representante fiduciario o "Treuhandvertreter", cuya asimilación a nuestro personaje (representante) ha sido mantenida por la "ältere Literatur" alemana, hoy rechazada sobre la base de que el "Treuhänder" supone una actividad en nombre propio y porque la institución del representante para el Registro persigue eliminar precisamente las dificultades causadas por la difícil determinación de una titularidad material, frecuentemente muy repartida, siendo así

que la "Trenhandverhältnis" presupone una existencia determinada de esa titularidad (55); en fin, el "Vertragsvertreter" o representante contractual que se nombra en el contrato de emisión para los acreedores, también es distinto, por ceñirse a los intereses de éstos y extenderse sus facultades al ejercicio de los derechos relativos al crédito y a la hipoteca.

¿Qué es, pues, el "Grundbuchvertreter"? ¿Es un representante en sentido técnico? ¿En qué medida modifica el derecho de representación normal?

El "Grundbuchvertreter" es un representante "sui generis". Veamos por separado cada uno de los términos de este aserto.

El mecanismo de la representación implica una "contemplatio domini" y un poder representativo. Pues bien, la actuación "alieno domine" del representante ante el Registro de la Propiedad tiene su fundamento en un contrato plurilateral de mandato entre el propietario, acreedor y mandatario, normalmente al constituirse la hipoteca. ¿Quid de los acreedores que todavía no lo son, o sea, de los endosatarios? El propietario y el primer tomador crearán un mandato que, respecto a los acreedores futuros, tendrá la consideración de contrato a favor de terceros ("Vertrag zugunsten Dritter"). En efecto, si el "Grundbuchvertreter" ha de aplicarse también a las hipotecas en garantía de títulos valores y, para éstas, establece el § 1188 la declaración uni-

lateral de constitución de hipoteca por el propietario, éste será el poderdante por ser acreedor antes de la emisión de la obligación, pero, para que el representante cumpla la finalidad prevista en el § 1189, también habrá de representar a los futuros acreedores. Para que esto sea posible o bien hemos de considerar al propietario como representante legal de los futuros acreedores o bien hemos de admitir la existencia de un contrato de mandato, en parte, en favor de terceros. Y optamos por esta segunda alternativa porque ni hay un precepto que atribuya tal representación legal al propietario ni podría haberlo, ya que la intervención del propietario, respecto a estos acreedores futuros, no es representativa en sentido estricto, sino que se limita a la celebración del contrato de mandato en nombre propio y en el de quienes, por no existir todavía, no pueden concurrir a su realización.

Este modo de ver las cosas armoniza con el sentido ("Sinn"), la finalidad ("Zweck") y el texto ("Wortlaut") del § 1189 que -como señala el Prof. Eickmann- permite el nombramiento de una persona de confianza, - párrafo 1º que está facultada para actuar, en el lado activo, en nombre de los acreedores ("Das Gesetz ermöglicht deshalb die Bestellung einer Vertrauensperson, Abs. 1, die aktiv für die Gläubiger zu handeln befugt ist"), pero también, en el lado pasivo, al hacer valer derechos del propietario en nombre de los acreedores, párrafo 2. ("die jedoch auch bei der Geltendmachung der Rechte des Eigentümers für die Gläubi-

ger passiv Tätig wird, Abs. 2") (56).

Esta bifronte naturaleza de los intereses a representar no es obstáculo ⁽⁵⁷⁾ para el derecho de representación pues, como se deduce del § 154 BGB, no es conceptualmente necesaria la protección exclusiva de los intereses de la persona representada, a diferencia de la relación fiduciaria. Si es, en cambio, "begriffsnotwendig" la actuación "alieno nomine", ⁽⁵⁸⁾ y es indiscutido que el representante ante el Registro actúe en nombre del que sea acreedor en cada momento.

Decíamos que el "Grundbuchvertreter" es un representante, pero "sui generis". Su máxima particularidad consiste en referirse la representación exclusivamente al derecho real de hipoteca ("in bezug auf das dingliche Recht"). A este respecto, afirma Wolff que "es un representante en virtud de negocio jurídico (apoderado). Su poder de representación tiene siempre por contenido el derecho a hacer valer la hipoteca en nombre del acreedor (o sea, en particular, a deducir la acción hipotecaria e instar la ejecución). En lo demás, el alcance del poder de representación se regula por el negocio en que se otorga." (59). ¿A qué se está refiriendo en este último inciso? ¿A "en lo demás" relativo a la hipoteca, o a "en lo demás" referido también al crédito? Despeja parcialmente la duda cuando, tras enumerar las facultades más importantes de este representante (la de desgravar de la afectación hipotecaria las partes de la finca, denunciar la hipoteca, modifi-

car el rango, recibir dinero a título de satisfacción sobre la finca, entre otras), añade que "en cambio, no se le autoriza a disponer del crédito en sí, ni puede serle permitido aceptar la cantidad representativa de la deuda sin ejecución forzosa". Ahora bien ¿puede arrogarse con facultades distintas de la de disponer o aceptar el pago con relación al crédito?. Una respuesta afirmativa, parece imponerse por el hecho de que sólo excluye de sus facultades la disposición y aceptación del pago, pero no otra clase de actos que, como la renovación, presentación al pago, modificación del vencimiento ..., son igualmente importantes. Criterio que vendría confirmado por su tesis de que "el poder nace mediante notificación al representante o al propietario de la finca (167) y no requiere el asentimiento de éstos" (60). De esta manera prescinde el autor totalmente del contenido y del carácter real de esta figura, en coherencia rigurosa con el cual establece el último inciso del párrafo 1 del 1189 la necesidad de la inscripción del nombramiento en el Registro, es decir, la constitutividad de la inscripción.

Para Eickmann el parágrafo en cuestión (1189, párr. 1º) constituye un marco que debe rellenarse mediante acuerdos individuales sin que pueda ser sobrepasado. La ley contendría así una "Beschränkung der Vertretungsmacht die als sachenrechtliche Regelung nicht abdingbar ist und damit die rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit der Beteiligten begrenzt": una restricción del poder de representación que, a fuer de regla-

mentación jurídico-real, no puede ser derogada y, por consiguiente, limita la libertad jurídico-obligacional de las partes.

No podemos tampoco suscribir esta opinión, que confunde el contenido real mínimo fijado por ley ("Sachenrechtliche Regelung") con el negocio jurídico mismo - del apoderamiento ("Vertretungsmacht"). Un desarrollo estricto y honesto de esta idea privaría al "Grundbuchvertreter" del carácter de representante voluntario - que el mismo autor le reconoce. La incidencia legislativa en el poder de representación se cifra exclusivamente en determinar un "minimum" típico, rígido e inderogable en cuanto a los efectos reales del apoderamiento, para que pueda existir el "Grundbuchvertreter" pero no para que de "Vertretungsmacht" pueda hablarse. Por la misma razón es insostenible la pretendida limitación a la libertad jurídico-negocial de las partes - ("rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit"), pues en lo que de negocial tiene, esto es, en cuanto a sus efectos "inter partes", mantienen las partes incólume su autonomía.

A nuestro juicio, la particularidad de este representante no es la de constituir una constricción dogmática ("eine dogmatisch interessante Beschränkung"), por virtud de la ley, al fenómeno de la representación, - sino la de ser un verdadero representante por y ante el Registro a todos los efectos que da la hipoteca se deriven. Esto no debe ser una cortapisa para que volunun

tariamente, en el negocio de apoderamiento, puedan restringirse sus facultades a determinadas disposiciones - ("bestimmte Verfügungen") sobre la hipoteca -quedando en todo caso a salvo la actuación del representante en el procedimiento de ejecución hipotecaria- o ampliarse incluso al cerco del crédito sin perjuicio, respecto - de éste, de la carencia de efectos reales en cuanto excluido de la fe pública registral, por ser hipoteca de seguridad y no poder formar parte del contenido registral del poder, y de las limitaciones impuestas por la específica legislación cambiaria o del título valor de que se trate.

Configurada así esta figura, dentro de los límites - institucionales del derecho de representación, y resultando de la misma un derecho real atípico, distinto de la hipoteca, escolta de ésta dondequiera que vaya, al Registro o al proceso, no vemos inconveniente -y sí ventajas- en su adaptación a nuestro ordenamiento jurídico. No es valladar insoslayable la actuación en nombre ajena. De la misma manera que en el Registro Mercantil se inscriben los nombramientos de los apoderados con poderes generales, cabría admitir la inscripción de un "representante hipotecario" en el Registro de la Propiedad. Y no se argüya el carácter aislado del acto, como impedimento para la inscripción del nombramiento (una o varias hipotecas), pues estaríamos condenando toda una generalidad de intereses heterogéneos (propietario, tercer poseedor, endosatarios, Bancos . . .) equialmente necesitados de protección, en un nombre de un

falso reductivismo objetivo.

Notas

- (1) Vease Jeronimo Gonzalez : "Estudios de Derecho Hipotecario" T.II. pp. 83 y ss y Wolff : "Derecho de cosas" p. 331 y ss
- (2) 1187 BGB : "Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden. Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Die Vorschrift des 1154 Abs. 3 findet keine Anwendung. Ein Anspruch auf Löschung der Hypothek nach den §§ 1179 a, 1179 b, besteht nicht".
- (3) Eickmann : "Münchener Kommentar..." cit. pp. 1572 y ss.
- (4) Son supuestas de hipotecas ordinarias: "Die bloße Bestellung einer Hypothek für eine Forderung, über die zugleich ein Wechsel ausgestellt... genügt -- nicht, sondern läßt eine gewöhnliche Hypothek entstehen".
- (5) Baur : "Lehrbuch des Sachenrechts" München, 1960 - p. 358.
- (6) Nussbaum : "Tratado de Derecho Hipotecario Alemán

- (7) Eickmann : " Die inhaberhypothek hat kaum jemals eine praktische Rolle gespielt; sie ist vollständig durch die Sicherungsgrundschild verdrängt worden"
- (8) Vide Eickmann. op. cit. p. 1572
- (9) "Wesentlich ist jedoch dass die Hypothek unmittelbar für die Forderung aus dem Papier bestellt und auch ausdrücklich so eingetragen wird" Eickmann, id.
- (10) Nussbaum, op. cit. pp. 214 y 215
- (11) Op. cit. p. 1573
- (12) Eickmann: op. cit. p. 1658
- (13) En este sentido, Peña Bernaldo de Quirós (op. cit. p. 451).
- (14) En contra, Gorla (op. cit. p. 510). A favor, Ascarelli: Riv. dir. comm. 1933, 1 p. 137.
- (15) En contra, Sapena y Lanzas, cit. por Manzano en RCDI nº 546 p. 1199.
- (16) Curso, p. 835.

- (17) "Variaciones...
- (18) "L'ipoteca cambiaria ..." cit. p. 66
- (19) "Fondaments du droit cambiaire allemand" Liège, 1959, p. 436.
- (20) Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1936-1937, Universidad de Madrid 1936 p. 18.
- (21) Id. p. 79
- (22) Esto no significa que consideramos la propiedad de la letra como elemento preponderante. Nos referimos a una titularidad formal o apariencia de titularidad del crédito. Nada que tenga que ver con la "Teoría de la propiedad" -de la que Jacobi diere - su versión crítica: "teoría de la propiedad corregida" ni con la de "incorporación del derecho- que es un "como si" al modo de los "als ob" de Vahinger.
- (23) La diferencia entre la transmisión de la hipoteca por virtud de su accesoriedad y no como derecho autónomo por el endoso aparece claramente en el artículo 17 - del Anteproyecto: "el endoso transmite todos los derechos RESULTANTES de la letra de cambio" La hipoteca no resulta de la letra de cambio -no es de constitución cartular- sino del Registro.
- (24) No tiene en cuenta Guglielmucci estos elementos de mitigación cuando distingue las excepciones oponibles en caso de hipoteca en garantía de una obligación o en el de todas (op. cit. p. 119u ss.)
- (25) Messineo: "Titoli di credito" II, p. 60 : "Ora, è - certo che le eccezioni personali al cedente, opponi

bili al cessionario del credito, si riflettono sull'acquisto dell'ipoteca; ma si riflettono soltanto, perchè si tratta di eccezioni opponibili in ordine al credito (rapporto principale) e perciò influenti sull'ipoteca (rapporto accessorio). Se, invece, si assume che le eccezioni personali al girante non possono opporsi al giratario in ordine al credito, non si può più parlare di eccezioni personali al primo creditore ipotecario, opponibili al successivo creditore in ordine all'ipoteca. Si potrà, sì, far capo ai vizi di costituzione dell'ipoteca; ma, ntanto, questi vizi saranno talora materia di eccezioni oggettive e non personali (ad es., quando si tratti di nullità dell'iscrizioni); ovvero, saranno materia di eccezioni personali, ma riferibili non all'ipoteca in sè, bensi al negozio (convenzione) che vi ha dato origine (inacapacità del costituente, difetto di volontà e simili)".

(26) LaCruz Berdejo RCDI, 1981 p. 745 el com.a S. 16-1-35

(27) Art. 24 del Anteproyecto prevee: " la cesión ordinaria de la letra transmitirá al cesionario todos los derechos cambiarios del cedente. El cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Iguales efectos producirá a la transmisión de la letra por cualquier otro medio distinto del endoso".Respecto a la cesión de la provisión, establece el ar-

título 69: "Si el librador, mediante cláusula inserta en la letra, declara que cede sus derechos referentes a la provisión, éstos pasan al tenedor.

Notificada al librado la cesión, éste únicamente puede pagar al tenedor debidamente legitimado, contra entrega de la letra de cambio".

- (28) En este último sentido G. Ferri ("L'acquisto del titolo di credito con mezzo diverso dalla girata" en BBTC, 1965, I.pp. 445 y SS): "Vi potrà essere un acquisto del diritto incorporato nel titolo da parte di due persone diverse nei modi di diritto comune, ma in questo caso il conflitto va risolto sulla base dei principi che regolano la circolazione dei crediti, non anche sulla base di quelli che regolano la circolazione delle cose mobili; sarà cioè applicabile l'art 1265 cod. civ., secondo il quale prevale, anche se di data posteriore, la cessione notificata per prima al debitore o da questo accettata per prima con atto di data certa". En el primer sentido Mengoni ("In tema de cessione di titoli all'ordine" BBTC, 1957, II, pp. 561 y SS) y Pavone ("Sue conflitto fra due acquirenti di uno stesso titolo nominativo", Riv. Trim. dir. e proc. civ. 1953, p. 672 y SS).
- (29) Según Nussbaum (op. cit. p. 342) la inscripción del adquirente constituye una rectificación, y únicamente es admisible para los títulos no endosados o endosados nominativamente, pues en cuanto a los títulos al porta-

dor o a los títulos a la orden endosados en blanco el Registro sigue siendo exacto. A nuestro inicio no cabe no cabe hablar de inexactitud ("Unrichtigkeit") en el Registro, ni, por tanto, de rectificación. Puesto que registralmente figura como acreedor todo tenedor legítimo de la letra, no hay divorcio posible entre realidad y Registro, quedando subsumida la situación jurídica real ("Wahre Rechtslage") en las previsiones de la situación jurídica inscrita ("verbuchte Rechtslage").

- (30) Pavone, "La Cambiale" p. 454
- (31) Angeloni "Cambiale e il vaglia cambiario" Milano, 1969, p. 699
- (32) Stampa RCDI nº 546 p. 1070
- (33) ADC, 1950, enero-marzo, pp. 55 a 84.
- (34) RCDI, 1979, nº 533, p. 880
- (35) RCDI, 1982, sept.-oct. nº 552 pp. 1272 y SS.
- (36) "Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones" RDP, 1943, pp.716 y SS.
- (37) Branca:"Sue trasferimento della proprietà dei titoli di credito" en BBTC, 1951, I, p. 246.
- (38) Gughielmucci: op. cit. p. 110
- (39) En este sentido, Romero Vieitez:" Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la ley Hipotecaria española" en Estudios jurí-

dicos en homenaje al Prof. De Castro, pp. 579 y SS. Este autor configura esta hipoteca como derecho potestativo de adquisición: "Lo que constituye el dueño de la finca es un derecho real de hipoteca para que lo pueda adquirir si quiere el destinatario, o una facultad o derecho real en favor de él de adquirir la hipoteca" (p.611) y declara inaplicable el art. 141 "en cuanto a la constancia por nota marginal de la aceptación, ni en la forma de cancelación, a las hipotecas constituidas en garantía de títulos a la orden o al portador, reguladas de manera especial en los artículos 150,154 y SS de la Ley Hipotecaria las cuales nacen fuera del Registro de la Propiedad con la puesta en circulación de los títulos".

- (40) Loc. cit. p. 1139
- (41) Op. cit. p. 510.
- (42) Guglielmucci op.cit.p. 103
- (43) Para Sapena (RDM 1956) el vínculo solidario evita toda diferencia entre ambas formas de institución.
- (44) Este carácter híbrido atribuye a la solidaridad cambiaria G.F. Campobasso en "Coobligazione cambiaria e solidarietà disuguale", Jovene Editore, Napoli, 1974, pp.372 y ss.
- (45) Manzano Solano RCDI nº 552 p. 1261.
- (46) En relación con el Derecho argentino aparece en el art. 3202 del C.C. que la anotación practicada en el título cambiario no tiene una mera virtualidad "certificatoria" de la existencia de la hipoteca, sino que es ella misma "elemento constitutivo" de toda hipoteca que garantiza una letra de cambio. De tal grado es esto exacto que la anotación sigue siendo imprescindible en la relación primaria entre el librador y tomador, inutilizando su falta cualquier acción hipotecaria que se intente entablar sobre la base de las letras de cambio. Esto debe entenderse sin perjuicio de la acción hipotecaria promovida tomando como título la escritura hipotecaria que contiene la relación subyacente. De donde la certificación estampada en la letra se arroga un triple cometido: revelador de la existencia de

la hipoteca constitutiva de la hipoteca en garantía del crédito cambiario y admonitiva de la condición de título incompleto de la letra garantizada con hipoteca. Ni qué decir tiene la importancia de esta configuración. Si el título es completo perderían su efectividad ciertas cláusulas al uso contenidas en las escrituras (mora automática, caducidad de los plazos, domicilios especiales...) tan pronto como el título cambiario haya sido endosado por el primer tomador. Incluso para éste sólo valdrían caso de apoyarse en el contrato base, pero no si ejerciese directamente la acción cambiaria. En cambio, siendo el título incompleto cabría invocar cláusulas de estilo, ya que de la misma letra -a través de la anotación- resultaría advertencia a terceros de que la plena integración del derecho sólo puede obtenerse consultando el texto escriturado. En este sentido, Alterini, para quien los pagarés hipotecarios son títulos incompletos, aunque abstractos. Mantiene el carácter completo, o por lo menos se pronuncian por efectos que se compaginan con ese punto en partida: Calandra , Smith y Norma Alicia en "Pagaré hipotecarios. Ventajas e inconvenientes de su empleo" Revista Notarial nº 748 (Junio 1963) p. 918: "es un título completo, ya que todo lo que a él se refiere debe constar en el mismo y esas atestacio-

nes no pueden ser modificadas por documentos anejos"; Efraín Hogo Richard en "Pagarés con derecho real de garantía accesorio" Rev. Notarial Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba, año 1969 p. 1097; Bonfanti y Garrone "Títulos de Crédito" Bs. As. 1970, T. II, p. 339; Diez Mieres en "Cheque y letra de cambio. Pagarés hipotecarios y prendarios Bs. As. 1970, pp.366 y 367. Una postura duramente opuesta a la complitud del pagaré hipotecario es la adoptada por el despacho elevado al plenario en la II Jornada Notarial de Cuyo. Tesis intermedias mantienen Pelosi en "Los pagarés hipotecarios en la ley y en la práctica", Rev. del Notariado nº 668 (marzo-abril 1968)pp.40 y ss., a quien siguen Martinez Segovia en "Pagarés hipotecarios" Rev. Notarial Nº 750 (Sept.-oct. 1963)pp. 1938 y ss., y Bendersky en "Régimen de los pagarés garantizados con hipoteca en el derecho argentino", J.A. 1966-VI, nº 46 p. 125. Según estos autores las citadas cláusulas son alegables si figuran "por extenso en el pagaré y no por remisión a la escritura". Parten de la distribución de las cláusulas atinentes al derecho personal asegurado, de las referidas al derecho real de hipoteca y concluyen en la posibilidad de invocar aunque no consten en el título, "las condiciones estipuladas en el instrumento público para el caso

de hacerse efectiva la garantía, tales como la base de remate, designación de martillero "Todos eslllos citados por Alterini en op. cit. pp. 59 y ss.

- (47) En contra : Gonzalez Laguna
- (48) Pavone (op. cit. p. 450) y Libertini : "Questioni in tema di ipoteca cambiaria" en Riv. Dir. Cir.- 1969, II, pp. 63 y ss.
- (49) En este sentido Chico y Ortiz ("Estudios de Derecho Hypotecario") T.II, Madrid 1982 p. 873): "... en forma de certificación abreviada, que hará fe de existencia de la hipoteca", por lo que justifica ser el Registrador quien haya de extender - la nota ya que "es el único que puede certificar de la existencia de una dererminada inscripción"
- (50) Vide Jean-Pierre Gridel: "Le signe et le droit", Bibliotheque de Droit Pricè, Paris 1979
- (51) En Francia se halla consagrado legislativamente el sistema de anotación por el Notario en art. 60 del D. 55/1350 de 14 de octubre de 1955 que fue modificado por el art. 8 del D 59/89 de 7 de enero de 1959. Vida Ripert et Boulanger: "Traité de droit Civil"", III, París, 1958, p. 199.
- (52) Manzano: RCDI 1981 nº 546 p. 1207
- (53) "Nach hM ist der Ersteintragung das Wertpapier dem Grundbuchamt vorzulegen. Sie stutzt sich dabei auf § 43 Abs. 1. GBO, verkennt iedoch den Sprachgebrauch der GBO, die unter "Eintragungen bei einer Hypothek" stets Folgeeintragungen,niemals aber die Ersteintragung versteht. Eine Vorlage hei der Ersteintragung ist nicht notwendig".

Notas

(54) 1189: "Bei einer hypothek der im 1187 bezeich-
neten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein -
vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit wir-
kung für und gegen jeden späteren Gläubiger besti-
mmte verfügungen über die hypothek zu treffen und
den Gläubiger bei der Geltendmachung der hypothek
au vertreten. Zur Bestellung des vertreters ist -
die Eintragung in das grundbüch erforderlich.

Ist der Gigentümer berechtigt, von den Gläubi -
ger eine verfügung zu verlangen, zu welcher der ver-
treter befugt ist, zu kann er die vornahme der ver-
fügung von dem vertreter verlangen"

La traducción que de este precepto ha hecho Melón -
Infante quizá resalte en demasía aspectos puramente
ejecutivos de este representante. Véase: "En una hi-
poteca de la clase señalada en el parágrafo 1187 -
puede ser designado un representante para quien en
cada momento sea acreedor, con la facultad de reali-
zar determinadas disposiciones sobre la hipoteca -
con eficacia a favor y en contra de todo acreedor -
posterior, y de representar al acreedor en el ejer-
cicio de la hipoteca. Para la designación del repre-
sentante es necesaria la inscripción en el Registro.

Si el propietario está autorizado a exigir del -
acreedor una disposición para la cual está faculta-
do el representante, dicho propietario puede exigir

- (55) "Die Norm (o sea, el 1189) will gerade den durch die schwierige Ermittlung einer -häufig vielfältig aufgeteilten- Sachberechtigung hervorgerufenen schwierigkeiten steuern. Eine solche läge jedach bei der treuhand gar nicht vor, weil diese immer Recht sinhaberschaft voraussetzt" Eickman. op. cit. p. 1576.
- (56) Op. cit. p. 1175.
- (57) En contra, Díez Picazo "El concepto jurídico de representación en el Derecho Privado", AAMN T. XVI - (pp. 161-163): "En la representación que no sirva intereses del "dominus" no pueden aplicarse las - reglas estrictas de la representación. La llamada representación sin interés del representante y la representación em interés de un tercero, deben - quedar fuera de la representación".
- (58) En contra, además de Díez Picazo, De Castro ("Temas de Derecho Civil", 1976, p. 108 ss), Albadalejo - ("Derecho Civil" t. 1, vol. II, pp. 253-54 y 294ss) A favor, Cossio ("Instituciones de Derecho Civil", t.1 pp. 175-176 y 444-45) y Gordillo ("la representación aparente" Sevilla, 1978, pp. 50 y ss., donde aparece una crítica a las anteriores posturas y cuyos puntos de vista hemos tenido especialmente en cuenta en lo que se refiere a la libertad negocial de las partes)
- (59) Op. cit. p. 344
- (60) Op. cit. p. 345.

CONCLUSIONES

- 1) Hipoteca y letra de cambio lejos de ser dos figuras antagónicas se avienen jurídica y económicamente en fructífera unión. La letra de cambio confiere movilidad a la hipoteca. La hipoteca crea una solvencia actual que asegura una liquidez futura de la que por sí carece la letra. En ambos hay una extroversión "in re" de la obligación y un alto grado de autonomía merced a su carácter de significantes. Ambos son medios de preconstitución de la apariencia y de simplificación de los esquemas obligacionales.
- 2) La hipoteca cambiaria del Derecho Intermedio fue más bien un modo de estar del crédito cambiario que verdadera hipoteca. Entre otras razones porque aún se encontraba la hipoteca en los primeros estadios de su integración como derecho autónomo. La ausencia de un sistema de publicidad propio de las hipotecas y la extensión de estos a los bienes muebles explican la ausencia de polémicas en torno al binomio inmovilismo del crédito territorial-movilidad del crédito cambiario.
- 3) Ni las leyes españolas ni las resoluciones de la DGR y N se han opuesto a la hipoteca cambiaria. El articulado de la LH (Arts. 150, 154, 155 y 156) relativo a las hipotecas en garantía de títulos-valores es susceptible de aplicación analógica a la hipoteca cambiaria. A su vez la mayoría de los recursos resueltos por la DG con anterioridad a la Res. de 26 de Octubre de 1973 o no versaban sobre hipotecas cambiarias o no se presentaban éstas nítidamente.

- 4) Para constituir hipoteca cambiaria en los casos de aperturas de crédito, cuentas corrientes, cuentas simples y, en general, negocios mercantiles-bancarios es necesario que las obligaciones cambiarias que se garanticen surjan por acumulación a las ya existentes en virtud de un mismo contrato causal o bien que se emitan letras en blanco con suficientes datos de identificación de la obligación de la obligación. garantizada.
- 5) Del estudio pormenorizado del Derecho positivo -Código de Comercio, anteproyecto de Ley Cambiaria, Código Civil- resulta:
- a) Un desmerecimiento de la letra de cambio como "res mobilis" y su apreciación como compuesto factico-formal dotado de una función social en la circulación jurídicamente tutelable.
 - b) La legitimación cambiaria es un concepto reconducible al efecto de la protección jurídica de la apariencia de titularidad que la tenencia legítima (posesión de estado) suscita sin prejuzgar la buena fe del deudor (integración de la obligación) ni la buena fe del adquirente (fundamento de su adquisición).
 - c) La obligación, entendida como correlación de crédito y deuda, es integrada por la buena fe (del deudor y del adquirente) y se constituye en causa legítima del acto del pago y justificante del efecto extintivo que éste produce en virtud del lazo genético que le vincula a aquélla. Sólo desde la obligación es explicable el pago como cumplimiento y la adquisición como efecto.

- d) La titularidad activa del crédito no es derivación de la "possessio ad legitimationem" ni, por ende, es admisible una legitimación cartular de la hipoteca cambiaria. La constatación de la obligación en el asiento de inscripción de hipoteca modera los efectos de la inoponibilidad cambiaria de excepciones al tercer adquirente trocándola en inoponibilidad registral. El tenedor adquirente subentra, en cuanto al crédito hipotecario, en la misma posición que el tenedor anterior y en las mismas condiciones que figuran en el Registro. A su vez, la constitución de la hipoteca en el asiento a favor de todo tenedor fundamenta la adquisición "a non domino" de la hipoteca con la del crédito cambiario del que es accesorio.
- 7) Frente a la doctrina que fundamenta el carácter de hipoteca de seguridad de la hipoteca cambiaria en la exclusión de la protección del art. 144 nosotros afirmamos una aplicación de este precepto. Por el contrario, a la hipoteca cambiaria de distinto carácter que en la hipoteca ordinaria y aún más intensa en aquéllo (cesionarios del crédito) en que la doctrina se basa para diagnosticar su inaplicación a la hipoteca cambiaria. En la hipoteca ordinaria los hechos o convenios modificativos de la obligación garantizada con hipoteca no afectan a los terceros adquirentes de derechos reales (tercer poseedor que libera, adjudicatarios o rematantes...) pero sí a los cesionarios del crédito hipotecario -- cuando no se hizo la notificación de la cesión al deudor (art. 151 de LH y 176 RH). Por el contrario, en la hipoteca cambiaria no se trata de que tales convenios afecten o no a los terceros adquirentes de derechos reales sino que su constitución a favor de quien

sea tenedor de la cambial enerva la buena fe requerida por el art. 34 para la protección del adquirente de un derecho real de quién todavía figura nominativamente - inscrito como acreedor hipotecario. En lo que concierne a los terceros cesionarios del crédito hipotecario la - exclusión de la repercusión de aquellos pactos subsiste aún en caso de faltar la notificación de la cesión al - deudor. La excepción la es a los artículos 151 de LH y - 176 del RH. no al 144

- (8) La hipoteca cambiaria se adquiere no con la transmisión del DERECHO cambiario sino por el HECHO de la modificación de la titularidad de la letra POR MOR DEL RÉGISTRO . Lo que la caracteriza no es el modo de circulación del crédito sino que a pesar del hecho de la modificación de la titularidad el tenedor conserva el derecho hipotecario por obra de la accesoriedad y en virtud del registro. La hipoteca cambiaria no se transmite con el título sino aunque el título se transmita.
- (9) En la hipoteca cambiaria de constitución unilateral el acto de adquisición del título se perfila como ejercicio de un derecho de formación sucesiva. Ni en este caso ni en el de hipoteca bilateral está el tenedor en situación de darse forma como acreedor hipotecario sino por virtud de una situación jurídica predeterminada registralmente.
- (10) La posible razón para rechazar el caracter de hipoteca cambiaria a la inscrita a favor de un único tenedor no es razón intrínseca de la hipoteca cambiaria sino de una determinada concepción -objetiva, cartular, impersonal de ella. Las fórmulas de restricción a la transmi

sibilidad de la hipoteca no interceptan el nervio cambiario de la hipoteca, precisamente porque éste no se aferra al modo de circulación del crédito. Tampoco supondría una asimilación de la hipoteca cambiaria a la hipoteca en garantía de la relación subyacente, totalmente ajena al hecho y al juicio cambiario.

- 11) La cuestión central de la hipoteca cambiaria no es su constitución a favor de todo tenedor y en garantía de todas las obligaciones cambiarias -como pretende la doctrina- sino el que garantice una obligación cambiaria. La unidad de esta permite la constitución de una única hipoteca en garantía de todas las obligaciones cambiarias, a favor de todo tenedor y contra todo obligado cambiario. Su autonomía posibilita la constitución de hipoteca en garantía de una sola o de varias obligaciones cambiarias. En este último caso la hipoteca cambiaria no se caracteriza por su restricción a un único tenedor, sino por quedar circunscrita la acción hipotecaria contra un único obligado cambiario. De la distinción establecida se derivan importantes consecuencias para la nulidad de la hipoteca y la oponibilidad de excepciones. En el caso de constituirse hipoteca en garantía de todas las obligaciones, la nulidad de una no impide el ejercicio de la acción hipotecaria contra los demás obligados cambiarios. La buena fe -no el vínculo de solidaridad- desempeña una función de atenuación de esas diferencias, por cuanto aún en el caso

de haberse garantizado una sola obligación la oponibilidad de la nulidad de esta por el deudor sucumbe ante la buena fe del tercer adquirente.

- (12) No hay corresponsabilidad en la hipoteca cambiaria entre el campo de referencia objetivo (obligación) y el subjetivo activo (tenedor), de la misma manera que se detecta una disolución en la obligación cambiaria entre los términos subjetivos y los intereses satisfactivos. La asimetría de la hipoteca cambiaria es respaldada por el Registro y se funda en la Autonomía privada. La de la obligación cambiaria deriva de su composición de forma y acto y se funda en la buena fe. Con la inscripción no hay fisión, sino fusión entre ambas.
- (13) No cabe presumir la extensión de la hipoteca a todas las obligaciones por el sólo hecho de ser estas solidarias. La especialidad de la solidaridad cambiaria -su desigualdad y la exclusividad de interés que la -preside- avalan la aplicación del art. 1289 del CC. y, en cuanto a la cancelación a solicitud de un poseedor intermedio, la del artículo 1852 del mismo cuerpo legal.
- (14) La nota expresiva de la hipoteca en el título no forma parte de la inscripción y, por tanto, no es constitutiva . Pero forma parte de una publicidad de la hipoteca prevista por la ley como medio de identificación inequívoca del título garantizado. Y en este sentido es un requisito necesario para el efecto institucional de la hipoteca cambiaria tanto frente a terceros como "inter partes"

- (15) Con la construcción propuesta reciclamos la obligación cambiaria a su justo puesto de referente de la hipoteca, independizamos ésta -en la medida de su autonomía funcional- de la mera vicisitud fáctica del pago de la cambial y le devolvemos su sentido registral.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO: "La hipoteca unilateral", ADC, 1950
Enero-Marzo.
- ALTERINI: "Hipotecas y pagares cambiarios", Buenos
Aires.
- ANGELONI: "Cambiale e vaglia cambiario", 1949
- ARIAS RAMOS: "La doctrina de la "conventio" y el
origen de la hipoteca romana" RDP
Abril 1973.
- ASCARELLI: "Novi problemi de diritto cambiario",
Riv. dir. comm. I, 1933.
- BALDASSERONI, POMPEO: "Leggi e costumi del cambio"
Pescia. Stamp di G. Masi, 1784.
- BALLARIN HERNANDEZ: "La hipoteca. Génesis de su es-
tructura y función", 1980.
- BAUR: "Lehrbuch des Sachenrechts", München, 1960.
- BELFIORI: "Interpretazione e dommatica nella teoria
dei diritti reali", Giufrè, 1979.
- BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO (JOSE): "El cumplimien-
to de las obligaciones", Madrid, 1956.
- CAFFARENA LAPORTA: "La solidaridad de deudores", 1980.
- CAMY SANCHEZ-CañETE: "Comentario a la legislación hi-
potecaria", Tomo IV
RDP, 1979.
- CANO FERNANDEZ: "Ponencia y comunicaciones". Centro
de estudios hipotecarios, Madrid, 1975.
- CARNELUTTI: "Teoría cambiaria", Padova, 1937.
- CIMIANO: "Breves consideraciones acerca de la
reciente e importantísima reforma de la
ley hipotecaria", RDCI Nº 200, Enero 1945.

- CORNIL: "Derecho privado", Madrid, 1928.
- DABIN, JEAN: "Fondements du Droit Cambiaire Allemand", Liège, 1959.
- DAPENA: "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito" RCDI, 1932
- DE CASTRO: "Discurso correspondiente a la apertura del curso académico 1936-1937", Universidad de Madrid, 1936.
- "Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC, Octubre-Diciembre, 1982.
- "El negocio jurídico", Madrid, 1973.
- DE COSSIO Y CORRAL: "Tendencia jurídicas en el momento de la elaboración de la ley hipotecaria. Su comparación con las actuales", AAMN, T. XVI., 1961.
- "Instituciones de derecho hipotecario"
- DE LA CAMARA ALVAREZ: "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real", RDP, 1949.
- "La adquisición "a non domino" de bienes muebles", 1982
- DE MARTINI: "Girata di cambiale ipotecaria", BBTC, II, 1949.
- DI CARLO: "Riv. del notariato", 1955, I.
- DIEZ PICAZO: "Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado" (2 esbozos), Cuadernos Civitas, 1979.
- "Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas". En leyes hipotecarias y registrales de España, T. I.

- "Experienicas jurídicas y teoría del derecho", Barcelona, 1973.
- "El pago anticipado", RDM
- "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Vol. I, 1972, Vol. II, 1978.
- EICKMANN: "Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch", 4, München, 1981.
- FERNANDEZ CABALEIRO: RCDI Nº 501, Abril, 1974.
- FERRARA: "La trasferimento e legittimazione nella girata della cambiale", R. Dir. Civ., 1943.
- FERRI, GIUSEPPE: "Le promesse unilaterali. Titoli de credito" en Trattato di diritto Civile dirigido por G. Grosso y F. Santoro Passarelli, Vol. IV, Fasc. III/1.
- FINZI: "Il possesso dei diritti", Roma, 1915.
- GIANNATASIO: "Girata di cambiale ipotecaria", BBTC II, 1954.
- GIORGIANI: "La obligación", Trad. de Verdera y Tuells, Barcelona, 1958.
- GOMEZ PEREZ: RDP, 1963
- GONZALEZ, JERONIMO: "estudios de derecho hipotecario y civil, RCDI, 1948.
- GONZALEZ LAGUNA: "La hipoteca cambiaria", RCDI Nº 533
- GORDILLO: "La representación aparente", Sevilla, 1978.
- GORLA: "Della ipoteche". Commentario del CC a cura di Scialoa e Branca, L. VI, 1955.
- GUASP: "Derecho", Madrid, 1971.
- GUGLIELMUCCI: "L'ipoteca cambiaria come garantia extracartolare, Milano, 1966.

"Il trasferimento dell'ipoteca cambiera al titolo di rinnovo en "giur comm", 1979.

GUIMERA: "La hipoteca de máximo en garantía del pago de la letra de cambio", Rev. Jur. de Cataluña, 1954.

HERNANDEZ CRESPO: "Ponencias y comunicaciones al IV Congreso Internacional de derecho registral, 1981.

HERNANDEZ GIL, ANTONIO: "La posesión", Civitas, Madrid, 1980.

"Metodología de la ciencia del derecho" Vol. II, Madrid, 1971.

"Derecho de obligaciones", Madrid, 1960.

"En torno al concepto de obligación", Madrid, 1981.

"Estructuralismo y derecho", AU, Madrid 1973.

"El ámbito de la novación objetiva modificativa", RDP, 1961.

"Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe", Madrid, 1979.

HERNANDEZ GIL, FRANCISCO: "Introducción al derecho hipotecario", Madrid, 1963.

HERNANDEZ MORENO: "El pago del tercero", Barcelona, 1983

IGLESIAS, JUAN: "Derecho romano", Barcelona, 1972

IHERING: "El espíritu del derecho romano", L.II

JIMENEZ SANCHEZ: "Reflexiones sobre la acción de enriquecimiento ante un proyecto de reforma del derecho cambiario español"

- JORDANO BAREA: "La categoría de los contratos reales", Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO: RCDI, 1981, Nº 544.
- y SANCHO REBULLIDA: "derecho Inmobiliario Registral, Barcelona, 1968.
- LAPEYRE: "Los orígenes del endoso de letras de cambio en España, Moneda y Crédito LII, 1955.
- MANZANO SOLANO: RCDI Nº 552, 1982
- RCDI Nº 546, Sept-Oct., 1981
- MARQUES DE OLIVART: "La posesión. Su noción en el derecho abstracto", Barcelona, 1884.
- MENGONI: "Riv. Div. Comm.", 1954, II.
- MESINEO: "Titoli di credito". Trattato di diritto civile e commerciale, XXXIX
- MUÑOZ DE DIOS: "La ley", 27 de mayo de 1983.
- MUÑOZ PLANAS: "La renovación cambiaria en estudios en homenaje a Garrigues, 1971.
- NUSSBAUM: "Tratado de derecho hipotecario alemán".
- OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: "Exposición fundamental y sistemática de la ley hipotecaria" Madrid, 1982.
- PARES: "Hipoteca en garantía de cuentas corrientes", RDP Nº 52,
- PAVONE: "La cambiale" en Trattato di diritto civile e commerciale de Cicu-Messineo, XXXIX, T. 1.
- PELLIZI: "L'unità dei titoli di credito" Rivista di diritto civile, 1979.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derechos reales. Derecho hipotecario", 1982.

- PEREZ ESCOBAR: "El contrato de descuento", Madrid, 1982.
- PEREZ JOFRE: "Letra de cambio e hipoteca" Nuestra revista, Julio, 1947 y RDN Nº 9-10.
- POLO DIEZ y POLO SANCHEZ: "El futuro de la letra de cambio". Rev. Jur. de Cataluña, 1980.
- RAMOS: "La falsedad en la letra de cambio", Madrid, 1945.
- RIBO: "Los títulos valores y su garantía hipotecaria" RCDI, Nº 23, Nov. 1926.
- RIGHI: "Il trasferimento dell'ipoteca data a garanzia della cambiale, BBTC, II, 1938
- ROCA SASTRE: "Derecho hipotecario", T. IV, Barcelona, 1968.
- "Variaciones sobre la hipoteca cambiaria" en Estudios Jurídicos varios, Vol. I Madrid, 1964.
- RUBIO: "Derecho cambiario", Madrid, 1973.
- RUBINO: "Sulla natura dell'ipoteca cambiaria" BBTC, 1954.
- "Sulla pubblicità dell'ipoteca cambiaria" BBTC, I, 1956.
- SANAHUJA TOMAS: "Estudio pragmatico de la hipoteca cambiaria", RJC, Abril-Junio, 1975.
- SANCHEZ CALERO: "Evolución y perspectivas del régimen de los títulos valores (letra de cambio, cheque y otros títulos). Reforma de la legislación mercantil", Civitas, 1979.
- SAPENA: RDM, 1956.
- SEMO: "Trattato diritto cambiario".

- STAMPA: "La hipoteca cambiaria y la jurisprudencia de la DGR y N", RCDI Nº 546 Sept.-Oct. 1981.
- SOTGIA: "Girata di cambiale ipotecaria", Riv. dir. priv. II, 1949.
- SCHLESSINGER: "El pago a tercero", Madrid, 1971.
- VALLET DE GOYTISOLO: RPD Nº 435, Junio 1953.
"Estudios sobre garantías reales"
"Estudios sobre derecho de cosas", 1973
- VERDERA Y TUELLS: "Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza". Studia Albornotiana, dirigido por
- VILLAR PALASI: "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos", Madrid, 1975.
- WOFF: "Derecho de cosas", II.
- YAGUEZ, RICARDO DE ANGEL: "Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral", Bilbao, 1975.
"La hipoteca cambiaria de constitución unilateral", RCDI Nº 53, Marzo-Abril 1979.

.....